

لِلإمامِ أَبي القاسِمِ عبدِالكَريمِ بْنِ مُحمّدٍ الرّافِعيّ

(٥٥٥هـ - ٦٢٣هـ)



تتِمّة كِتابِ الإجارة إلى نهاية كِتابِ اللّقيط

حقّق هذا الجُزءَ

الدّكتُورَة صَباح بنت حَسَن إلياس فِلمبان

راجعَهُ ودقّقهُ وأشرَفَ على إخراجهِ وقدّمَ لهُ

الأُستاذ الدّكتُور مُحمّد عبدالرّحيم سُلطان العُلَماء





العزيز في شرح الوجيز

العزيز في شرح الوجيز

وهو الشرح الكبير

تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي

الطبعة الأولى : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

طبع بموجب إذن طباعة من المجلس الوطني للإعلام بدولة الإمارات

رقم (١٩٢١٩) تاريخ (١٣/ ١٠/ ٢٠١٤م)

جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم

وحدة البحوث والدراسات

ص.ب: ٤٢٠٤٢ دبي ـ الإمارات العربية المتحدة

هاتف: ٢٦١٠٦٦٦ ٤ ٩٧١ +

فاكس: ٢٦١٠٠٨٨ ٤ ٩٧١ +

الموقع على الإنترنت : www.quran.gov.ae

البريد الإلكتروني : research@quran.gov.ae

قال رحمه الله:

(الفصل الثاني: في الضمان[١]

ويدُ المستأجِرِ في مُدّةِ الانتفاع يدُ أمانة. وكذا بعدَ مُضيِّ المُدّةِ على الأصحّ وفيه وجه: أنه بعدَ المُدّةِ كالمستعير. وقبلَ الانتفاع لو رَبطَ الدابّةَ ولم ينتفعْ استقرَّت الأُجرة، فإنْ تلفَتْ فلا ضمان، إلا إذا انهدَمَ الإصطبلُ عليه ضَمِنَ؛ لأنه لو رَكِبَ لأمِنَ مِن[٢] هذا السبب).

مقصود الفصل الثاني: بيان حكم الإجارة فيما يرجع إلى الأمانة والضمان. والمال في الإجارة، تارة يكون في يد المستأجر، وأخرى في يد الأجير على العمل.

أما المستأجِرُ، ففيه مسألتان:

إحداهما: يده[٣] على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الإجارة، يد أمانة، حتى لا يضمن التالف منهما من غير تعدٍّ وتقصير؛ لأنه مستحق للمنفعة، ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات اليد على العين، فكانت أمانة عنده، كالنخلة التي اشترى ثمرتها[٤].

ولا يشبه ما إذا اشترى سمناً وقبضه في بستوقة[٥]، حيث تكون البستوقة مضمونة في

---

(١) هذا الفصل الثاني من الباب الثاني (في حكم الإجارة الصحيحة)، من كتاب الإجارة. (م ع).

(٢) قوله: (من) سقط من (ز).

(٣) أي يد المستأجِر.

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٩٤).

(٥) البُستوقة ـ بالضم ـ: إناء من الفخار، معرب بستو بالضم. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب القاف (٦/ ٢٩٤) (بَسَقَ).

يده على أصح الوجهين؛ لأنه أخذها[١] لمنفعة نفسه، ولا ضرورة لقبض[٢] السمن فيها.

وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة؟ ينبني على أنه هل على المستأجر الرد ومؤونته، وفيه وجهان[٣]:

أصحهما[٤] ـ على[٥] ما ذكره في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة[٦] ـ: أنه لا يلزمه الرد ولا مؤنته[٧]، وإنما عليه التخلية بينه وبين المالك إذا طلب؛ لأنه أمانة، فلا يجب ردّه قبل الطلب كالوديعة.

وأقربهما[٨] إلى ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه ـ وبه قال مالك[٩]، واختاره الإصطخري ـ: أنه يلزمه الرد ومؤونته، وإن لم يطلب المالك؛ لأنه غير مأذون[١٠] في الإمساك بعد المدة. ولأنه أخذه لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير.

وعن القاضي أبي الطيب: أنه لو شرط المؤجر عليه الرد، لزمه ذلك بلا خلاف. ومنعه ابن الصباغ، وقال: من لا يوجب الرد عليه، ينبغي ألا يجوز شرطه.

---

(١) في (ي): (أخذهما).

(٢) في (ي)، (ز): (في قبض).

(٣) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٤٥٦)، و«المهذب» (١٥/ ٤٨)، و«حلية العلماء» (٥/ ٤٠٩).

(٤) وانتصر له في «الحاوي» (٩/ ٢٧٣ - ٢٧٤).

(٥) قوله: (على) سقط من (ي).

(٦) وهذا عند الحنفية، لأن العين عند المستأجر أمانة في يده كالوديعة، لا تلزمه نفقتها، وليس عليه ردها. انظر: «الهداية» (٩/ ١٦ - ١٧)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ١١٥).

(٧) قوله: (ولا مؤنته) سقط من (ز).

(٨) في (ط العلمية): (وأمر بهما).

(٩) انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٢٧٢). (م ع).

(١٠) في (ط العلمية): (مأذون فيه).

فإن قلنا: لا يلزم الرد، فلا ضمان عليه. وإن قلنا: يلزمه، ضمن ما تلف في يده، إلا أن[١] يكون الإمساك بعذر[٢].

ويترتب على الوجهين، أنه هل يضمن أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد مدة الإجارة؟ فإن ألزمناه الرد ضمَّنّاه، وإلا فلا[٣].

وفي «الزيادات» للشيخ أبي عاصم العبادي[٤]، فرعان يتعلقان بهذا الخلاف:

أحدهما: غصبت الدابة المستأجرة مع دواب سائر الرُّفقة، فذهب بعضهم في الطلب[٥]، ولم يذهب المستأجر، إن قلنا: لا يلزمه الرد، فلا ضمان عليه. وإن قلنا: يلزم، فإن استرد مَنْ ذهب من غير مشقةٍ ولا غرامة، ضمن المستأجر المتخلف. وإن لحقهم مشقة أو غرامة، لم[٦] يضمن.

الثاني: إذا استأجر قِدراً مدة[٧] ليطبخ فيها، ثم حملها بعد المدة ليردها، فسقط الحمار وانكسرت القدر، قال: فإن[٨] كان لا يستقل بحمله فلا ضمان، وإن كان يستقل فعليه الضمان. أما إذا ألزمناه مؤونة الرد فظاهر.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (أنه).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٤).

(٣) قال النووي: «صحح الرافعي في «المحرر»: أنه لا ضمان». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٦).

(٤) قوله: (العبادي) سقط من (ز).

(٥) في (ي): (إلى الطلب).

(٦) في (ي)، (ز): (فلا).

(٧) قوله: (مدة) سقط من (ز).

(٨) في (ط العلمية) (وإن).

وأما إذا لم نلزمه؛ فلأن العادة أن القدر لا تُرد بالحمار مع استقلال المستأجر أو استقلال[١] حمال بها[٢].

الثانية: الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب، لو ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة، فالقول في استقرار الأجرة عليه سيأتي من بعد إن شاء الله تعالى.

ولا ضمان عليه لو ماتت الدابة في الإصطبل.

ولو انهدم عليها فهلكت، نظر: إن كان المعهود في مثل ذلك الوقت، أن تكون الدابة تحت السقف، كجنح الليل في الشتاء، فلا ضمان. وإن كان المعهود في ذلك الوقت لو خرج بها أن تكون في الطريق، وجب الضمان؛ لأن التلف والحالة هذه جاء من ربطها في الإصطبل.

وقوله في الكتاب: (وقبل الانتفاع لو ربط الدابة ولم ينتفع)، الجمع بين اللفظين موحش[٣]؛ لأن الثاني ينفي الانتفاع. وقوله: (قبل الانتفاع)، يقتضي أن يكون للانتفاع حصول[٤]. وأيضاً؛ فإن كونه غير منتفع قبل الانتفاع[٥] أوضح من أن يذكر، فلا حاجة إلى قوله: (ولم ينتفع). ولو اقتصر على قوله: (ولو ربط الدابة ولم ينتفع)، لأفاد المطلوب.

* * *

---

(١) قوله: (استقلال) زيادة في (ي)، (ز).

(٢) قوله: (بها) سقط من (ي).

(٣) في (ط العلمية): (موحسن).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (الانتفاع حصولًا).

(٥) قوله: (قبل الانتفاع) سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(أما يدُ الأجيرِ على الثوبِ الذي يُرادُ خياطتُه أو صَبْغُه أو قِصارتُه، أو على الدابّةِ لرياضتِها، وأمثاله: فهي (ح) يدُ أمانةٍ على الأصحّ (و)؛ كيَدِ المستأجِر. وفيه قولٌ آخَر: أنه يدُ ضمان (ح). وقولٌ ثالث: أن يدَ الأجيرِ المُشترَكِ يدُ ضمان، بخلافِ الأجيرِ[1] المُعيَّن للعمل).

المال في يد الأجير، كالثوب إذا[2] استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته، والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه، والدابة إذا استؤجرت لرياضتها، إذا تلف، لم يخلُ إما أن يكون الأجير منفرداً باليد، أو لا يكون:

الحالة الأولى: إذا كان منفرداً باليد، فهو إما أجير مشترك، أو منفرد.

والمشترك: هو الذي يتقبل العمل في ذمته، كما هو دأب الخياطين والصوّاغين[3]، فإذا التزم لواحدٍ أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل، فكأنه مشترك بين الناس[4]. والمنفرد: هو الذي أجّر[5] نفسه مدة مقدرة لعملٍ[6]، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة.

وقيل: المشترك: هو الذي شاركه في الرأي، فقال: «اعمل في أي موضع شئت»،

---

(١) قوله: (الأجير) سقط من (ز).

(٢) في (ي): (الذي).

(٣) الصوَّاغ: هو الصائغ. وتقدم. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٥٢) (صاغ).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٣).

(٥) في (ط العلمية): (يمكنه أجر).

(٦) أو «هو: الذي يكون عمله في يد مستأجِره» «الحاوي» (٩/ ٢٥٢).

والمنفرد: هو الذي عين عليه[١] العمل وموضعه[٢].

أما المشترك، فهل يضمن ما تلف في يده من غير تقصير وتعدٍّ؟ فيه طريقان:

أصحهما: أن فيه قولين[٣]:

أحدهما: يضمن ـ وبه قال مالك[٤] ـ؛ لأنه أخذ لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير والمستام. وأيضاً: فقد روي عن عمر[٥] وعلي[٦] رضي الله عنهما تضمينه؛ صيانة لأموال الناس عن الخيانة المحرمة[٧].

وأصحهما ـ وبه قال أحمد[٨] واختاره المزني[٩] ـ: أنه لا يضمن، كما لا يضمن

---

(١) قوله: (عليه) سقط من (ز).

(٢) في (ط العلمية): (فهو صنعه).

(٣) كذا عند الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٢٥٤).

(٤) «المدونة الكبرى» (٣/ ٣٧٣ - ٣٧٤).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» كتاب البيوع، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده (٨/ ٢١٧) (١٤٩٤٩). قال ابن حجر: «أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦١).

(٦) أخرجه البيهقي بلفظ: «عن علي أنه كان يضمن الصباغ، وقال: «لا يصلح للناس إلا ذاك»»، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء (٦/ ١٢٢)، وقال: «مرسل، وله روايات أخرى ضعيفة أيضاً». انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٤١)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٦١).

(٧) في (ز): (خيانة المحترفة).

(٨) في الصحيح من مذهب الحنابلة: أنه يضمن ما تلف بفعله مطلقاً، أما ما تلف من حرزه أو بغير فعله من غير تعدٍّ فلا ضمان عليه. انظر: «المحرر» (١/ ٣٥٨)، «الكافي» (٢/ ٣٢٨ - ٣٢٩)، «الروايتين والوجهين» (١/ ٤٢٨ - ٤٢٩)، «الإنصاف» (٦/ ٧٢ - ٧٣).

(٩) قال المزني: «هذا أولاهما به، لأنه قطع بأن لا ضمـان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦). قال الماوردي: «وهو أصح القولين» «الحاوي» (٩/ ٢٥٥).

المستأجر. وليس أخذه إيّاه لمحض غرضه، بل هو لغرضه وغرض المالك، فأشبه عامل القراض.

والثاني: القطع بالقول الثاني، ويحكى هذا عن الربيع[١]، لما اشتهر عنه: أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن الأجراء لا يضمنون، إلا أنه كان لا يبوح به؛ خوفاً من أجراء السوء.

ومن قال بهذا، قال[٢]: قوله في «المختصر»[٣]: «والأجراء كلهم سواء، وما تلف في أيديهم من غير جنايتهم، ففيه واحد من القولين:

أحدهما: الضمان.

والآخر: أن لا ضمان إلا بالعدوان»، أراد به الرد على أبي حنيفة رضي الله عنه[٤] حيث قال: ما تلف في يد الأجير المشترك بآفة سماوية أو سرقة فلا ضمان عليه، فإن[٥] تلف بفعله ضمن، وإن[٦] كان بالفعل المأذون فيه كتخرق الثوب بدقِّ القصَّار، إلا أن يكون الفعل المأذون فيه جرحاً[٧] من فصدٍ[٨] وختانٍ ونحوهما، فقال: لا وجه لما ذكره، وإنما المتجه أحد القولين، إما ما قلت: وهو أنه لا يضمن

---

(١) قال الربيع: «الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت: أنه لا ضمان على الصناع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يبوح بذلك، خوفاً من الصناع» «الأم» («اختلاف العراقيين») (٤/ ٤١).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٦ - ٤٦٧).

(٣) «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٠ - ٢١١)، «المبسوط» (١٥/ ١٠٣)، (١٦/ ١١)، «الهداية» (٩/ ١٢٢).

(٥) في (ط العلمية)، (ز): (وإن).

(٦) في (ط العلمية): (فإن).

(٧) في (ط العلمية): (جرحاً وختان).

(٨) في (ط العلمية): (قصد).

بحال، أو ما قال أبو يوسف[١]: وهو أنه يضمن ما تلف بفعله أو بالآفة السماوية.

وأما المنفرد، فهو أولى بنفي[٢] الضمان[٣]؛ لأن منافعه مختصة بالمستأجر في المدة، فكانت يده كالوكيل مع الوكيل. فمن قطع بنفي الضمان في المشترك، ففي المنفرد أولى.

والمثبتون للخلاف هناك، افترقوا هاهنا: فطرد أكثرهم الخلاف، وعليه يدل نصه: «أن الأجراء كلهم سواء». وقطع بعضهم بنفي الضمان، ويحكى هذا عن أبي الحسين بن القطان والقفال.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: أن الطريقتين إن فسرنا المنفرد بالتفسير الأول، فأما على الثاني فليس إلا القطع بنفي الضمان.

وإذا جمعت بين الطرق، قلت: في ضمان الأجير ثلاثة طرق:

أحدها: إثبات القولين فيه.

والثاني: القطع بأنه لا يضمن.

والثالث: القطع بأن المنفرد لا يضمن، وتخصيص القولين بالمشترك.

وإذا اختصرت، قلت: فيه[٤] ثلاثة أقوال كما في الكتاب.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٠ - ٢١١).

(٢) في (ط العلمية): (يبقى).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٣).

(٤) قوله: (فيه) سقط من (ز).

وليعلم قوله: (يد[١] أمانة)، بالميم. وقوله: (على الأصح)، بالواو؛ للطريقة القاطعة. وقوله: (يد ضمان)، بالألف.

ويجوز[٢] إعلام القولين الأولين بالحاء؛ لأن مذهبه الفرق بين المشترك والمنفرد كالثالث.

والحالة الثانية: إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى يعمل، أو حمله إلى بيته ليعمل[٣]: قطع الجمهور بأنه لا ضمان عليه؛ لأن المال غير مسلم إليه في الحقيقة، وإنما استعان المالك به في شغله، كما يستعين بالوكيل والتلميذ. ونقل القاضي[٤] عن أبي سعيد الإصطخري وأبي علي الطبري طرد القولين فيه.

وحيث قلنا بوجوب الضمان على الأجير، فالواجب: أقصى قيمة من يوم القبض إلى التلف، أو قيمة يوم[٥] التلف؟ فيه وجهان[٦].

واحتجّ المزني[٧] للقول الأصح: بأنه لا ضمان على الحجام إذا حجم أو ختن، ولا على البيطار[٨] إذا بزغ[٩] فأفضى إلى التلف. وبأنّ الراعي المنفرد لا ضمان عليه.

---

(١) قوله: (يد) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (ط العلمية): (نحو).

(٣) قطع الماوردي بأن الأجير هاهنا أجير منفرد، وبالتالي لا ضمان عليه فيما تلف بيده من غير جناية ولا عدوان. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٢).

(٤) في (ط العلمية): (القاضي عن ابن كج)، وفي (ز): (القاضي ابن كج).

(٥) قوله: (يوم) سقط من (ي).

(٦) قال النووي: «قلت أصحهما: الثاني» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٨).

(٧) «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦).

(٨) البيطار: معالج الدواب. «القاموس المحيط» باب الراء، فصل الباء ص٣٥٢ (بطر).

(٩) في (ط العلمية): (نزع).

وبأنّ من اكتراه[١] ليحفظ متاعه في دكانه لا ضمان عليه[٢].

قال الأصحاب رحمهم الله: المحجوم إما حر، فلا تثبت اليد عليه. أو عبد، فينظر في انفراده باليد وعدم الانفراد. وبتقدير الانفراد، في كونه مشتركاً أو منفرداً. فالحكم في الأحوال كما سبق في[٣] غيره، فلا احتجاج. وكذا القول في الراعي[٤].

وأما المسألة الثالثة: فالمال فيها في يد المالك، لكن[٥] الأجير في دكانه على ما تقرر.

هذا كله فيما إذا لم يوجد من الأجير تعدٍّ. فإن وجد وجب الضمان لا محالة، وذلك: مثل أن يسرف الأجير على الخبز في الإيقاد، أو يلصق الخبز قبل وقته، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق[٦]، أو ضرب الأجيرُ على التأديب والتعليم الصبيَّ فمات؛ لأن تأديب الصبي بغير الضرب ممكن[٧].

ومهما اختلف الأجير والمستأجر في أنه هل تعدّى وجاوز المعتاد بعمله أم لا؟

---

(١) في (ط العلمية): (أكراه).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (ي).

(٣) في (ط العلمية): (من).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٥).

(٥) في (ي): (لكون).

(٦) في (ي)، (ز): (احترق).
انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٦).

(٧) قال الشافعي: «لأن الآدميين يؤدبون بالكلام فيتعلمون، وليس هكذا مؤدب البهائم، فإذا ضرب أحداً من الآدميين لاستصلاح المضروب أو غير استصلاحه، فتلف، كانت فيه دية على عاقلته، والكفارة في ماله» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٧).
قال الماوردي: «فإن تعدى أحد هؤلاء في الضرب إلى أن خرج فيه إلى حد التلف، فهو قاتل عمداً، يجب عليه القود». «الحاوي» (٩/ ٢٦٤).

راجعنا فيه عدلين من أهل الخبرة، وعملنا بقولهما. فإن لم نجد من نراجعه، فالقول قول الأجير؛ لأن الأصل براءته من الضمان.

ومهما تلف المال في يد الأجير بعد تعديه، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف، إن لم نضمن[١] الأجير. فإن ضمَّنَّاه، فأقصى قيمة من يوم القبض إلى التلف. هكذا ذكره صاحب «التهذيب»[٢] وغيره.

ويشبه أن يكون هذا جواباً على قولنا: إنه يضمن بأقصى القيمة من يوم القبض إلى التلف. فأما إذا قلنا: إنه يضمن الأجير يوم التلف، فينبغي أن يقال: الواجب هاهنا أقصى قيمة من يوم التعدّي إلى التلف[٣].

قال:

(وظاهرُ النصّ: أنّ مَن غسلَ ثوبَ غيرِه أو دَلَكَه، أو حلقَ رأسَه، ولم يُجرِ لفظَ الإجارة: لا يستحقُّ أُجرة؛ لأنه أتلفَ منافعَ نفسِه باختيارِه[٤]. وقال المُزَنيُّ: إن كانَ عادتُه طلبَ الأُجرةِ استَحقَّ الأُجرة. وأما مَن دخلَ الحمّامَ لزمَته[٥] الأُجرة؛ لأنه يُتلِفُ منفعةَ غيرِه بسُكونهِ[٦]. ولا ضمانَ على الحمّاميِّ إذا ضاعَ الثيابُ بغيرِ تقصيرِه على الأصحّ (و)؛ كسائرِ الأُجَراء).

---

(١) في (ز)، (ط العلمية): (يضمن).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٦٧).

(٣) قال النووي: «هذا الاستدراك الذي ذكره الإمام الرافعي، متعين لا بد منه» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٩).

(٤) قوله: (لأنه أتلفَ منافع نفسه باختياره) سقط من (ز).

(٥) في (ط العلمية): (لزمه).

(٦) في (ز): (بسكناه).

فيه مسألتان:

إحداهما: إذا دفع ثوباً إلى قصّارٍ ليقصره، أو إلى خيّاط ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه، أو دلاّك ليدلكه، ففعل ولم يجر بينهما ذكر أجرة ولا نفيها، ففيه أوجه:

أصحها ـ ويحكى عن النصِّ[١] ـ: أنه لا أجرة له؛ لأن المعمول له لم يلتزم عوضاً. وعمَله كما يجوز أن يكون مقابلاً بعوض، يجوز أن يكون مجاناً، وصار كما لو قال: «أطعمني خبزك»، فأطعمه، لا ضمان عليه.

والثاني: أنه يستحقّ الأجرة؛ لأنه استهلك عمله، فلزمه[٢] ضمانه.

والثالث ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه إن بدأ المعمول له، فقال: «افعل كذا»، لزمه الأجرة. وإن بدأ العامل، فقال: «أعطني ثوبك لأقصره»، فلا أجرة له؛ لأنه اختار تفويت منافعه.

والرابع: إن كان العامل معروفاً بذلك العمل، وأخْذ الأجرة عليه، استحق الأجرة؛ للعادة. وإلا فلا. وهذا ما أجاب به صاحب الكتاب في باب العارية[٣]، واختلفت الرواية في المسألة[٤] عن المزني، وابن سريج.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٦). وقال البغوي: «وهو المذهب»، «التهذيب» (٤/ ٤٦٩).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (ولزمه).

(٣) قال الغزالي: «وإن كان الغاسل ممن يعمل بالأجرة اعتياداً، استحق الأجرة». «الوجيز» (٢/ ٢٠٤).
قال النووي: «وقد يُستحسن». «منهاج الطالبين» ص٧٨.
قال الشربيني: «لدلالة العرف على ذلك، وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره، وعلى هذا عمل الناس» «مغني المحتاج» (٢/ ٣٥٢).

(٤) قوله: (في المسألة) سقط من (ز).

أما المزني[١]، فروى أصحابنا العراقيون عنه[٢]: الوجه الثاني[٣]، وأسندوه إلى «الجامع الكبير». وروى آخرون عنه: الوجه الرابع، ومنهم صاحب الكتاب[٤] والقاضي الروياني. وأما ابن سريج، فروى الأكثرون عنه: الوجه الأول. وفي «المهذب»[٥] و«التهذيب»[٦]: نسبة الرابع إليه[٧]. والله أعلم.

ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها، وسار إلى الساحل، فعليه الأجرة[٨]. وإن كان بالإذن، ولم يجر ذكر الأجرة، فعلى الأوجه[٩]. وإذا لم نوجب الأجرة، فالثوب أمانة في يد القصار. وإن أوجبناها، فوجوب الضمان على الخلاف في الأجير المشترك.

المسألة[١٠] الثانية: فيما يأخذه الحماميون وجهان:

أحدهما: أنه ثمن الماء، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة[١١] السطل لهم. فعلى هذا: الثياب غير مضمونة على الحمّامين[١٢]، والسطل مضمون على الداخل[١٣].

---

(١) قوله: (أما المزني) سقط من (ز).

(٢) في (ز): (عن ابن سريج).

(٣) منهم الماوردي، وهذا لأن رب الثوب قد صار مستهلكاً لعمله في ملكه، فصار كالغاصب. «الحاوي» (٩/ ٢٧٦).

(٤) كذا في «الوسيط» (٤/ ١٩٠).

(٥) «المهذب» (١٥/ ١١٠).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٤٦٩ – ٤٧٠).

(٧) وكذا في «الحاوي» (٩/ ٢٧٦).

(٨) «لأن الراكب صار مُستهْلِكاً لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها». «الحاوي» (٩/ ٢٧٦).

(٩) «الحاوي» (٩/ ٢٧٧)، «التهذيب» (٤/ ٤٧٠).

(١٠) قوله: (المسألة) زيادة في (ز).

(١١) في (ط العلمية): (وإعادة).

(١٢) في (ز): (الحمّامي).

(١٣) لأنه مستعير. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٦٨)، «المهذب» (١٥/ ١٠١).

وأظهرهما: أنه أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب، وأما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بعوض. وعلى هذا ينطبق قوله في الكتاب: (أما من دخل الحمام لزمته الأجرة)؛ فإنه جعل المأخوذ أجرة الحمام.

وإنما وجبت الأجرة، ولم يجر لها ذكر، ولم يخرج على الخلاف في المسألة الأولى؛ لأن الداخل مستوف منفعة الحمام؛ لسكونه[١]. وهناك صاحب المنفعة هو الذي صرفها إلى الغير. فعلى هذا الوجه، فالسطل غير مضمون على الداخل؛ لأنه مستأجر، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على الأصح، كسائر الأجراء[٢].

وعبارة صاحب «التهذيب»[٣] عن الوجه الثاني: أن المأخوذ ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل. وعلى هذا، فيحصل[٤] فيه ثلاثة أوجه. والله أعلم بالصواب.

قال:

(ولو قصَّرَ الثوبَ فتلفَ في يدِهِ؛ فإن قلنا: إنّ[٥] القِصارةَ عَين: لم يستحقَّ الأُجرة؛ لأنه تلفَ قبلَ التسليم، وإن قلنا: القِصارةُ[٦] أثر: فيستحقّ؛ إذ وقعَ مُسلَّماً بالفراغ).

---

(١) في (ط العلمية): (لسكوته).

(٢) أطلق الوجهين في «الوسيط» (٤/ ١٩٠)، و«المهذب» (١٥/ ١٠١)، و«التهذيب» (٤/ ٤٦٨).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٦٨).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (فيجعل).

(٥) قوله: (إن) سقط من (ز).

(٦) قوله: (القصارة) زيادة في (ز).

هذه المسألة قد ذكرناها في التفليس[١] مرة، ونحن لا نخلي[٢] إعادتها عن فائدة، فنقول[٣]: إذا عمل الأجير ثم تلفت العين التي عمل عليها، نُظر: إن لم يكن الأجير منفرداً باليد، بل عمل في[٤] ملك المستأجر أو بمحضرٍ منه، لم تسقط أجرته.

وإن كان منفرداً باليد[٥]، كما إذا سلم الثوب إلى القصار فقصره ثم تلف عنده، فيبنى على خلافٍ مذكورٍ في التفليس في أن القصارة أثر أم عين؟[٦] إن قلنا: أثر، لم تسقط الأجرة. ثم إن ضمَّنّا الأجير، فعليه قيمة ثوب مقصور، وإلا فلا شيء عليه. وإن قلنا: عين، سقطت أجرته، وعليه قيمة ثوب غير مقصور[٧] إن ضمّنا الأجير[٨] أو وجد منه تعدٍّ، وإلا فلا شيء عليه[٩].

وإن أتلف أجنبي الثوب المقصور، فإن قلنا: القصارة أثر، فللأجير الأجرة، وعلى الأجنبي القيمة[١٠]. ثم المستأجر[١١] على قول تضمين الأجير يتخير بين مطالبته ومطالبة الأجنبي، والقرار على الأجنبي. وإن قلنا: عين، جاء الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض.

---

(١) انظر ما سلف (٧/ ٢٦٧).

(٢) في (ط العلمية): (نحكي).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٨ - ٤٦٩).

(٤) في (ط العلمية): (من).

(٥) قوله: (باليد) سقط من (ي).

(٦) انظر ما سلف (٧/ ٢٦٧).

(٧) في (ط العلمية): (مقصود).

(٨) أي: على القول بأن يده يد ضمان.

(٩) أي: على القول بأن يده يد أمانة، حيث يضمن عند التعدي.

(١٠) في هذا المقطع عبارات متكررة في (ط العلمية).

(١١) في (ي)، (ز): (والمستأجر).

وإن قلنا: ينفسخ العقد، فهو كما لو تلف، وإلا فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة وإجازتها[١]. وإن أجاز[٢] ولم يضمن الأجير، فيستقر له الأجرة، والمستأجر يغرّم الأجنبي[٣] قيمة ثوب مقصور. وإن ضمّنّاه، فالمستأجر بالخيار، إن شاء غرّم[٤] الأجنبي قيمة ثوب مقصور، وإن شاء غرّم الأجنبيَّ قيمة القصارة، والأجيرَ[٥] قيمة ثوبٍ غير مقصور. ثم الأجير يرجع على الأجنبي.

وإن فسخ الإجارة فلا أجرة عليه، ويغرّم الأجنبي قيمة ثوبٍ غير مقصور.

وإن ضمّنّا الأجير، غرّم القيمة مَنْ شاء منهما، والقرار على الأجنبي، ويغرّم الأجنبيُّ الأجيرَ[٦] قيمة القصارة.

ولو أتلف الأجير الثوب بنفسه؛ فإن قلنا: القصارة أثر، فله الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور.

وإن قلنا: عين، جاء الخلاف في أنَّ إتلاف البائع كالآفة السماوية، أو كإتلاف الأجنبي؟ وإن قلنا: كالآفة السماوية، فالحكم ما سبق. وإن قلنا: كإتلاف الأجنبي وأثبتنا للمستأجر الخيار: فإن فسخ الإجارة، سقطت الأجرة[٧]، وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور. وإن أجازها، استقرت، وعليه قيمة ثوب مقصور.

---

(١) في (ي): (وإجازته)، أي: إجازة العقد.

(٢) قوله: (أجاز) سقط من (ي).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (للأجنبي).

(٤) في (ط العلمية): (ضمّن).

(٥) في (ي): (والأجنبي)، في (ط العلمية): (وللأجير).

(٦) في (ي): (للأجنبي)، وفي (ط العلمية): (للأجير).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (سقطت الأجرة على الأجير).

وصَبْغ الثوب بصِبْغ صاحب الثوب كالقصارة، فإن استأجره ليصبغ بصبغ من عنده؟ قال في «التتمة»: هو جمع بين البيع والإجارة، ففيه الخلاف المعروف. وسواء صح أو لم يصح، فإذا هلك الثوب عنده، سقطت قيمة الصبغ. وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في القصارة[١].

فرع:

سلم ثوباً إلى قصّار ليقصره، فجحده ثم أتى به مقصوراً؟ استحقّ الأجرة، إن قصره ثم جحده. وإن جحده ثم قصره فوجهان[٢]، وجه المنع ـ وبه قال أبو حنيفة[٣] ـ: أنه عمل لنفسه.

وخرَّج الصيدلاني الوجهين على القولين في الأجير في الحجّ، إذا صرف الإحرام إلى نفسه، هل يستحق الأجرة؟

ويقال: إن أبا حنيفة امتحن أبا يوسف رحمه الله تعالى بهذا الفرع، حين انفرد عنه، وتصدى للدرس، وأمر السائل بتخطئته إن أطلق الجواب بـ «لا» أو «نعم»، فأطلق[٤].

* * *

(١) أي بناءً على أن الصبغ أثر أو عين.

(٢) أطلقها في «التهذيب» (٤/ ٤٧٠).

قال النووي: «ينبغي أن يكون أصحهما: الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة، أو يقصد عمله عن الإجارة الواجبة فيستحق الأجرة» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣٢).

(٣) هذا عند أبي حنيفة، لأنه أمين، وبجحوده يصير ضامناً، لأنه بالجحود صار متملكاً، وبالتالي فقد عمل لنفسه. انظر: «المبسوط» (١١/ ١١٦ - ١١٧) (فيما إذا طلب المودع الوديعة، فجحدها المستودع).

(٤) قوله: (فأطلق) سقط من (ي).

قال:

(ولو استأجرَ دابّةً ليُحمِّلَها عشرةَ آصُع، فزادَ صاعاً؛ صارَ عاصياً ضامناً. ولو سلَّمَ إلى المكري وقال: «إنه عشرة» وهو أحدَ عشرَ وكذَب، فتلفَتِ الدابّةُ بالحِمْل؛ فيجبُ عليه الضمان، وفي قَدرِهِ قولان؛ أحدُهما: النصف؛ كما إذا جرحَ نفسَه جِراحَاتٍ وجَرَحَه غيرُه جِراحةً فمات، والثاني: أنه يجبُ جُزءٌ من أحدَ عشرَ جُزءاً مِن الضمان؛ لأنّ الجِراحاتِ لا تنضبط، بخلافِ الحِمْل. وهذا الخلافُ جارٍ في الجَلّادِ إذا زادَ واحداً على المئة؛ أنه يَضمَنُ النصفَ أو بحسابِه[1]).

قد مرّ أن المستأجر لا يضمن إذا لم يوجد منه تعدٍّ، فإن وجد وجب الضمان، وذلك كما إذا ضرب الدابة أو كبحها[2] باللجام[3] فوق العادة[4].

وعادة الضرب تختلف في حق الراكب والرائض والراعي، فكلٌّ يراعي عادة أمثاله، ويحتمل من الأجير للرياضة والرعي ما لا[5] يحتمل من المستأجر للركوب[6].

---

(١) في (ز): (جزأ بحسابه).

(٢) كَبح: يقال: كبحت الدابة باللجام كبحاً، أي جذبته به ليقف. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٢٣) (كبحت).

(٣) اللجام: فارسي معرب، وهي الحديدة في فم الفرس، ثم كثر في كلامهم حتى سموا اللجام بسيوره وآلته لجاماً. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب الميم (٩/ ٥٥) (لجم).

(٤) لأنه جناية على مال الغير، فلزمه الضمان. «المهذب» (١٥/ ٩٤).

(٥) قوله: (لا) سقط من (ز).

(٦) انظر: «الأم» (٤/ ٣٨).

وأما الضرب المعتاد إذا أفضى إلى تلف، فإنه لا يوجب ضماناً،خلافاً لأبي حنيفة[١]. ويخالف ضرب الزوج زوجته؛ لأنه يمكن تأديب الآدمي بغير الضرب[٢].

وإذا نام بالليل في الثوب الذي استأجره، أو نقل فيه التراب، أو ألبسه عصَّاراً أو دباغاً دون من هو في مثل حاله، أو أسكن الدار قصَّاراً أو حدَّاداً دون من هو في مثل حاله[٣]، وجب الضمان[٤]. وكذا لو أركب الدابة من هو أثقل منه.

وقرار الضمان على الثاني إن كان عالماً، وإلا فعلى الأول.

وإن أركبها مثله، فجاوز العادة في الضرب، فالضمان على الثاني[٥] دون الأول؛ لأنه لم يتعد.

ولو اكترى لحمل مئة رطل حديد[٦]، فحمل مئة منٍّ[٧] من القطن أو التبن أو بالعكس، ضمن[٨] وكذا[٩] لو اكترى لحمل مئة منٍّ من الحنطة، فحمل مئة منٍّ

---

(١) عند أبي حنيفة: يضمن الدابة لو ضربها ضرباً معتاداً، إلا أن يأذن له صاحبها في الضرب، لأن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه، وهو لا يحتاج إلى الضرب، فبضربه يكون متعدياً، فيضمن. وعند الصاحبين: لا يضمن، لأنه بمطلق العقد يستفيد الإذن فيما هو معتاد، والضرب في السير معتاد، وربما لا تنقاد الدابة إلا به، فيكون الإذن فيه ثابتاً بالعرف. انظر: «المبسوط» (١٥/ ١٧٤)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٣).

(٢) فإن هلكت من ضربه ضمن، وإن لم يخرج عن العادة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٨).

(٣) من قوله: (أو أسكن) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٠).

(٥) من قوله: (إن كان) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) في (ز): (مئة منٍّ من الحديد).

(٧) قوله: (منٍّ) زيادة في (ز).

(٨) لأن القطن يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ الحديد. ولأن القطن لتجافيه تستقبله الرياح فيشق على البعير. انظر «الحاوي» (٩/ ٢٣٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٩) من قوله: (ولو اكترى) إلى هنا سقط من (ي).

من الشعير ضمن[١]، أو بالعكس؛ لأن الشعير أخف فمأخذه من ظهر الدابة أكثر[٢]، والحنطة أثقل فيجتمع[٣] ثقلها على الموضع الواحد.

ولو اكترى لحمل عشرة أقفزة من الحنطة، فحمل عشرة أقفزة[٤] من الشعير، لم يضمن[٥]؛ لأن المقدارين في الحجم سواء، والشعير أخف. وبالعكس يضمن؛ لزيادة ثقل الحنطة.

ولو اكترى ليركب بسرج، فركب بلا سرج أو بالعكس، ضمن. أما الأول؛ فلأنه أضر بالدابة. وأما الثاني؛ فلأنه حمَّلها فوق المشروط[٦]. ولو اكترى ليحمل عليها بالإكاف فحمل بالسرج، ضمن؛ لأنه أشق على الدابة، وبالعكس لا يضمن إلا أن يكون أثقل[٧]. ولو اكترى ليركب بالسرج، فركب بالإكاف ضمن، وبالعكس لا يضمن إلا أن يكون أثقل[٨]. وقس على هذه الصور أخواتها.

ولو استأجر دابة ليحمل مقداراً سَمَّياه، فكان المحمول أكثر، نظر: إن كانت الزيادة بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين في ذلك المبلغ، فلا عبرة بها وإن كانت أكثر، كما إذا كان المشروط عشرة آصع، وكان المحمول أحد عشر، فللمسألة أحوال:

---

(١) قوله: (ضمن) سقط من (ز).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (فيحتمل).

(٤) قوله: (أقفزة) زيادة في (ز).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٥١).

(٦) «الحاوي» (٩/ ٢٣٦)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٢)، «المهذب» (١٥/ ٥٣).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٤٥٢).

(٨) من قوله: (ولو اكترى) إلى هنا سقط من (ز).

الحالة الأولى[١]: إذا كال[٢] المكتري الطعام، وحمله[٣] بنفسه، فعليه أجرة المثل لما زاد. هذا هو المشهور[٤].

وفي «كتاب القاضي ابن كج» أن القاضي[٥] أبا حامد حكى قولًا: أنه يأخذ أجرة المثل للكل.

وقولاً: أنه يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص، وبين أن يأخذ أجرة المثل.

وأن أبا[٦] الحسين حكى قولًا: أنه بالخيار بين المسمى وأجرة المثل للزيادة، وبين أجرة المثل للكل.

وإن تلفت البهيمة بالحمل، فإن انفرد المكتري باليد، ولم يكن معها صاحبها، فعليه ضمانها باليد العادية؛ لأنه صار بحمل الزيادة غاصباً. وإن كان معها صاحبها ضمن بالجناية. وفي القدر المضمون قولان [٧]، ويقال وجهان:

أحدهما: النصف؛ لأن التلف تولد من جائز وغير جائز، فانقسم الضمان عليهما، كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة، أو جرحه واحد جراحات وآخر جراحة واحدة، يجب نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة.

---

(١) في (ز): (إحداها).

(٢) في (ز): (كال)، وفي (ي)، (ط العلمية): (كان).

(٣) قوله: (وحمله) سقط من (ز).

(٤) قال الشافعي: «ولو حمل مكيلة فوُجِدت زائدة، فله أجر ما حمل من الزيادة» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٧). وقطع به الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٢٦١).

(٥) قوله: (القاضي) سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (وإن كان أبو).

(٧) كذا ذكر في «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

والثاني: أن قيمة البهيمة توزع على الأصل والزيـادة، فيضمن بقسط الزيادة[١]؛ لأن التوزيع على المحمول ميسر بخلاف الجراحات، فإن نكاياتها لا تنضبط، ولا معنى لرعاية مجرد العدد[٢].

قال الأئمة[٣]: وهذا الخلاف مبني على القولين فيما إذا زاد الجلاد في الحد[٤] واحداً على المئة أو الثمانين، أنه يضمن نصف الدية، أو جزءاً بحسابه.

ويشبه أن يكون التوزيع أقرب وقد[٥] رجحه الإمام[٦] وغيره، لكن في «سلسلة الشيخ أبي محمد» أن[٧] التنصيف أصحّ في المسألتين.

وفي «شرح المختصر» للشيخ حكاية قول ثالث: أنه يضمن جميع القيمة كما لو انفرد باليد، وهذا قد نسبه القاضي ابن كج إلى رواية أبي الحسين[٨] عن بعض الأصحاب، وأبدى من عند نفسه احتمالاً فيما إذا انفرد باليد، أنه لا يضمن الكل. والمعتمد ما تقدم.

ولو هلكت البهيمة بسبب غير الحمل، ضمن[٩] عند انفراده باليد؛ لأنه ضامن باليد، ولم يضمن عند عدم الانفراد؛ لأنه ضامن بالجناية[١٠].

---

(١) قال الماوردي: «والثاني: يلزمه ثلث القيمة، لأن الزيادة ثلث الجملة» «الحاوي» (٩/ ٢٦١).

(٢) في (ط العلمية): (العدو).

(٣) منهم الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٢٦١)، والبغوي، «التهذيب» (٤/ ٤٥٣).

(٤) قوله: (في الحد) سقط من (ز).

(٥) في (ط العلمية): (فقد).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٦٨).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (أنه).

(٨) في (ز): «بي اأبي الحسن». (م ع).

(٩) قوله: (ضمن) سقط من (ز).

(١٠) في (ط العلمية): (الخيانة).

وإن لم يحمل[١] المكتري الطعام بنفسه، ولكنه بعد ما كال سلمه إلى المكري حتى حمله على البهيمة، نظر: إن كان المكري جاهلاً بالحال بأن لبّس عليه وقال: «إنه عشرة» كاذباً، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في تعارض المباشرة والغرور. إن اعتبرنا[٢] المباشرة، فالحكم على ما سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى.

وإن اعتبرنا التغرير، فكما لو حمله المكتري بنفسه.

وثانيهما: القطع بأنه كما لو حمله بنفسه؛ لأن إعداد المحمول وشد الأعدال[٣] وتسليمها إليه بعد عقد الإجارة كالإلجاء إلى الحمل شرعاً، فكان كشهادة شهود القصاص.

وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالظاهر وجوب الضمان، وبه أجاب صاحب الكتاب.

وإن كان المكري عالماً بالزيادة، نظر: إن لم يقل المكتري شيئاً، ولكن حمله المكري، فالحكم كما سنذكره في الحالة الثانية؛ لأنه حمل بغير إذن صاحبه، ولا فرق بين أن يضعه المكتري على الأرض فيحمله المكري على البهيمة، وبين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المكري[٤].

---

(١) في (ز): (يضمن).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (وإن اعتبرت).

(٣) الأعدال: جمع عِدل بالكسر، وهو نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير. قال الأزهري: العِدل اسم حِمْل معدول بحِمْل أي مسوّى به. والجمع أعدال وعدول. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب اللام (٨/ ١٠) (عدل).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٣).

وإن قال المكتري: «احمل هذه الزيادة»، فأجابه، قال في «التتمة»: هو مستعير للدابة في الزيادة، فلا أجرة لها. وإذا تلفت البهيمة بالحمل، فعليه الضمان؛ لأن ضمان العارية لا تجب باليد وإنما تجب بالارتفاق والانتفاع، فزيادة الارتفاق بالمالك لا يوجب سقوط الضمان. وفي كلام الأئمة ما ينازع ما ذكره في الأجرة والضمان جميعاً.

الحالة[١] **الثانية**: إذا[٢] كال[٣] المكري وحمل على البهيمة، فلا أجرة له لما زاد[٤]، سواء كان غالطاً أو عامداً، وسواء كان المكتري جاهلًا بالزيادة أو عالماً بالزيادة فسكت؛ لأنه لم يأذن في نقل الزيادة. ولا يجب عليه ضمان البهيمة. وله مطالبة المكري بردها إلى الموضع المنقول منه[٥]. وليس للمكري أن يردها بدون رضا المكتري. ولو لم يعلم المكتري حتى عاد إلى البلد المنقول منه[٦]، فله أن يطالب المكري[٧] بردها. وأصح القولين أو الوجهين أن له المطالبة ببدلها في الحال، كما لو أبق العبد المغصوب من يد الغاصب.

والثاني: لا يطالب ببدلها في الحال[٨]؛ لأن عين ماله باقية[٩] وردها مقدور عليه.

وإذا قلنا بالأول وغرم البدل، فإذا ردها إلى ذلك البلد، استرد البدل، ورد ماله إليه[١٠].

---

(١) قوله: (الحالة) سقط من (ز).
(٢) قوله: (إذا) سقط من (ي).
(٣) في (ط العلمية): (كان).
(٤) «ويأخذ المسمى في العشرة». «الحاوي» (٩/ ٢٦١).
(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٥٣).
(٦) من قوله: (وليس للمكري) إلى هنا سقط من (ي).
(٧) قوله: (المكري) زيادة في (ز).
(٨) قوله: (في الحال) سقط من (ي)، (ز).
(٩) في (ي)، (ط العلمية): (باقٍ).
(١٠) قوله: (إليه) سقط من (ي).

ولو كال المكري وتولى المكتري النقل والحمل على البهيمة، قال في «التتمة»: إن كان عالماً بالزيادة، فهو كما لو كال بنفسه وحمل؛ لأنه لما علم الزيادة كان من حقه ألا يحملها. وإن كان جاهلاً، فعلى وجهين، أحدهما[1]: أخذاً مما لو[2] قدم الطعام المغصوب إلى المالك، فأكله جاهلاً هل يبرأ عن الضمان؟

الحالة[3] الثالثة: إذا كال أجنبي وحمل بلا إذن، فعليه أجرة الزيادة للمكري، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طالبه المكتري. وضمان البهيمة على ما ذكرنا في حق المكتري[4]. وإن تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتعاقدين، فينظر: أهو جاهل أم عالم؟ ويقاس بما ذكرنا[5].

هذا كله فيما إذا اتفقا على الزيادة، وعلى أنها للمكتري. أما إذا اختلفا في أصل الزيادة أو في قدرها، فالقول قول المنكر. وإن ادعى المكري أن الزيادة له والدابة في يده، فالقول قوله. وإن لم يدعها واحد منهما، تركت في يد من هي[6] في يده حتى يظهر لها مستحق، ولا يلزم المكتري كراها.

ولو وجد المحمول دون المشروط، نظر: إن كان النقصان بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين، فلا عبرة به. وإن كان أكثر من ذلك، قال في «التتمة»: إن كال المكري،

---

(١) قوله: (أحدهما) سقط من (ز).

(٢) في (ط العلمية): (آخذاً بما إذا).

(٣) قوله: (الحالة) سقط من (ز).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦٢).

(٥) أما الأجنبي فلا يضمن للجمال شيئاً، ويضمن لرب الطعام إن كان عند كيله قد أخرج الطعام من حرزه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦٣).

(٦) قوله: (في يد من هي) زيادة في (ز).

حط من الأجرة بقسطه[١]، إن لم يعلم المكتري وإن علمه، فإن كانت الإجارة في الذمة فكذلك؛ لأنه لم يف بالمشروط.

وإن كانت إجارة عين[٢]، فالحكم كما لو كال المكتري بنفسه ونقص، فلا يحط شيء من الأجرة؛ لأن التمكين في استيفاء المنفعة قد حصل، وذلك كاف في تقرر[٣] الأجرة.

ولو اكترى اثنان دابة وركباها، فارتدفهما ثالث بغير إذنهما[٤] فهلكت الدابة، ففيما يجب على المرتدف ثلاثة أوجه:

أحدها: النصف؛ لحصول الهلاك من جائز وغير جائز.

والثاني: أن القيمة تقسط على أوزانهم، فيجب على المرتدف ما يخصه.

والثالث: أنه يلزمه الثلث توزيعاً على رؤوسهم، فإن الرجال لا يوزنون في العادة.

* * *

---

(١) قال الماوردي: «وربه بالخيار بين أن يأخذها فتنفسخ الإجارة في النقصان، وبين أن يأخذه بحملها فتكون الإجارة باقية فيه». «الحاوي» (٩/ ٢٦٣).

(٢) في (ط العلمية): (الإجارة عيناً).

(٣) في (ز): (تقرير).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٣ - ٤٥٤).

قال:

(وإن سلَّمَ ثوباً إلى خيّاطٍ فخاطَه قَباءً، فقال: «ما أذِنْتُ لك إلا في القميص»، فإذا تنازَعا (م) تحالَفا؛ إذ يدَّعي المالكُ خيانتَه، فإذا حلفَ أنه مأذونٌ سقطَ الأرش، ويدَّعي الخيّاطُ إذنَ المالكِ والأُجرة، فإذا حلفَ أنه لم يأذَنْ سقطَتِ الأُجرة. وفيه قول: أنّ الأُجرةَ تسقطُ عندَ التحالُفِ ولكنّ الضمانَ يجب، فكانَ أثرُ التحالُفِ في رَفْع[1] العَقْد. وقال ابنُ أبي ليلى[2]: القولُ قولُ الخيّاط. وقال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: القولُ قولُ المالكِ. وقال الشافعيُّ رضي اللهُ عنه: قولُ أبي حنيفةَ أشبَه، وكِلاهما مدخولان. وقيل: إنهما قولانِ للشافعيِّ رضي الله عنه، وليسَ بصحيح).

إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه، فخاطه قباء ثم اختلفا، فقال الخياط: «هكذا أمرتني»، وقال المالك: «بل أمرتك أن تقطعه قميصاً»، فحكاية الشافعي رضي الله عنه في «اختلاف العراقيين»[3] عن ابن أبي ليلى: «أن القول قول الخياط».

وعن أبي حنيفة[4] رضي الله عنه: أن القول قول المالك.

---

(١) في (ز): (نفس).

(٢) ابن أبي ليلى: أبو عبد الرحمن، محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، يسار وقيل بلال الأنصاري. وُلد سنة (٧٤هـ). ولي القضاء بالكوفة، وأقام حاكماً ثلاثاً وثلاثين سنة. قال ابن خزيمة عنه: ليس بالحافظ، وإن كان فقيهاً عالماً. تفقه بالشعبي وأخذ عنه سفيان الثوري. توفي سنة (١٤٨هـ) بالكوفة وهو باقٍ على القضاء. انظر: «تهذيب التهذيب» (٥/ ١٨٠ – ١٨١) (٧١٩٥)، «وفيات الأعيان» (٤/ ١٧٩ – ١٨١) (٥٦٤).

(٣) «الأم» (٤/ ٤١).

(٤) يُقبل قول المالك، لأن الإذن يُستفاد من جهته. ويضمن الخياط قيمة الثوب، وإن شاء أخذ المالك الثوب وأعطاه أجر مثله. انظر: «الهداية» (٩/ ١٤٢)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٩)، «المبسوط» (١٥/ ٩٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٩٨).

وروى المزني في «الجامعين»؛ «المختصر»[١] و«الكبير»: أنه ذكر بعد حكاية قوليهما، أن قول أبي حنيفة أشبه بالحق، وكلاهما مدخول. وحكى في «الجامع الكبير» عنه: أنهما يتحالفان. وبه أجاب في «الإملاء» فيما إذا سوَّد[٢] الصباغ ثوبه، وقال: «هكذا أمرتني»، وقال المالك: «بل أمرتك بصبغه أحمر»، واختلف الأصحاب على ثلاثة طرق:

أحدها: إثبات ثلاثة أقوال في المسألة[٣]:

أحدها ـ وبه قال مالك[٤] وأحمد[٥] ـ: أن القول قول الخياط؛ لأنهما اتفقا على الإذن في القطع، والظاهر أنه لا يتجاوز المأذون، ولأن المالك يدعي عليه الغرم، والأصل عدمه.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٦]، واختاره المزني[٧] ـ: أن القول قول المالك؛ لأنهما لو اختلفا في أصل الإذن، كان القول قول المالك، فكذلك إذا اختلفا في صفته. وهذا كما لو قال: «دفعت هذا المال إليك وديعة»، فقال: «بل رهناً» أو «هبة»، كان القول قول المالك[٨]، وأيضاً فإن الخياط معترف بأنه أحدث نقصاً في الثوب،

---

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٧).

(٢) في (ز): (كان سوّد)، وفي (ط العلمية): (اسودَّ).

(٣) «وهي طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل». «الحاوي» (٩/ ٢٦٩).

(٤) عند المالكية: لو اختلف المالك والصانع أو الأجير في المأذون، فالقول قول الأجير. قال في «المدونة»: «أرأيت إن دفعت إلى صائغ فضة ليصوغها، فصاغها سوارين، فقلت: «إنما أمرتك بخلخالين؟» قال: «قال مالك: القول قول الصائغ». «المدونة الكبرى» (٣/ ٣٧٨)، انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٢٩).

(٥) «الإنصاف» (٦/ ٧٩).

(٦) هذا عند أبي حنيفة، بناءً على أصله: أن السواد نقصان. انظر: «الهداية» (٩/ ١٤٢)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٢٠).

(٧) «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٧).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٠).

ويدعي أنه مأذون فيه، والأصل عدمه، وأيضاً فإنه يدعي أنه أتى بالعمل الذي استأجره عليه، والمالك ينكره، فأشبه ما إذا استأجره لحمل متاع، فقال الأجير[١]: «حملت»، وأنكر المالك، فإن القول قول المالك[٢].

والثالث: أنهما يتحالفان[٣]؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه، فالخياط يدعي الأجرة، والمالك ينكرها، والمالك يدعي الأرش، والخياط ينكره.

وهذه الطريقة معزية[٤] في «شرح الجويني» إلى القفال.

والثاني[٥]: أنه ليس في المسألة إلا قولان[٦]، واختلفوا في عينهما[٧]:

فعن ابن سريج وأبي إسحاق وابن أبي هريرة والقاضي أبي حامد وغيرهم: أنهما مذهب أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمه الله. واحتج لأنهما قولاه، بأنه قال لأحدهما: «هذا أشبه القولين».

ومنهم من قال: هما تصديق المالك والتحالف، وأما تصديق الخياط فإن الشافعي رضي الله عنه أعرض عنه؛ حيث رجح القول الآخر، وربما أَوَّلوه فقالوا: إنه يؤول إلى

---

(١) في (ي): (الآخر).

(٢) وأيضاً: لأنهما لو كانا اختلفا في أصل الإذن، كان القول فيه قول رب الثوب دون الخياط، لأن كل من قُبل قوله في الإذن قُبل قوله في صنعة ذلك الإذن، كالوكيل إذا ادعى على موكله الإذن في بيع دار فأنكر، فالقول قول الموكل كذلك الخياط. «الحاوي» (٩/ ٢٧٠).

(٣) ورجحه أبو إسحاق الشيرازي، لأنهما كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن. انظر: «المهذب» (١٥/ ١٠٦).

(٤) في (ط العلمية): (معزبة).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (والثانية).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦٩).

(٧) قوله: (عينهما) سقط من (ي).

التحالف؛ لأنه إذا حلف الخياط، خرج من ضمان الثوب، فيحلف المالك، لنفي الأجرة، وهذا هو التحالف.

والثالث[١]: أنه ليس في المسألة إلا قول واحد[٢] وهو التحالف، وما عداه فهو حكاية مذهب الغير، وقد زيّفه[٣] بقوله: «وكلاهما مدخول»، وبهذا قال أبو علي الطبري وصاحب «التقريب» والشيخ أبو حامد.

وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي» عن ابن سريج: أنه إن جرى بينهما عقد، فليس إلا التحالف كسائر الاختلافات[٤] في كيفية المعاوضات. وإن لم يجر[٥]، فالخياط لا يدعي الأجرة[٦]، وإنما النزاع[٧] في الأرش، ففيه قولان: مذهب أبي حنيفة، وابن أبي ليلى. فهذه خمسة طرق.

والأكثرون[٨] على أن المسألة على قولين، وهما مذهب الإمامين: مذهب[٩] [أبي][١٠] حنيفة، وابن أبي ليلى رضي الله عنهما. ثم على أن الأصح مذهب أبي حنيفة.

---

(١) في (ط العلمية): (والثالثة).

(٢) وهي طريقة المتأخرين، وقول أبي حامد الإسفراييني. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٦٩)، «المهذب» (١٥/ ١٠٦).

(٣) في (ط العلمية): (دفعه).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (الاختلاف).

(٥) في (ط العلمية): (لم يجز).

(٦) في (ز): (إلا الأجرة).

(٧) في (ط العلمية): (يدعي النزاع).

(٨) في (ط العلمية): (وإلا تدون).

(٩) قوله: (مذهب) سقط من (ز).

ولعل الأولى عدمه. (م ع).

(١٠) زيادة للتوضيح مستدركة من كتب الشافعية.

وربما شبهوا القولين بالقولين فيما إذا زرع أرضه، وقال: «أعرتنيها»[١]، وقال المالك: «بل أكريتكها». ورجّح صاحب الكتاب الطريقة القاطعة بالتحالف، وزيَّف غيرها.

التفريع:

إن صدقنا الخياط، فإذا حلف فلا أرش عليه، وهل له الأجرة؟ فيه وجهان[٢]:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: نعم؛ لأنه أثبت الإذن بيمينه، ومن قال بهذا لا يسلّم دعوى من يدّعِي أن تصديق الخياط يؤول إلى التحالف.

وأظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق وأبو علي الطبري ـ: لا؛ لأنه في الأجرة مدع، فيكون القول قول منكر، وفائدة يمينه دفع الغرم عن نفسه.

فإن قلنا بالقول الأول[٣]، ففي الأجرة الواجبة قولان[٤]:

أحدهما: الأجرة المسماة؛ إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: أجرة المثل؛ لأنا لو صدقناه من كلّ وجه، لم نأمن أن يدعي مالاً كثيراً كاذباً.

وإن قلنا: لا أجرة له[٥] بيمينه، فله أن يدعي الأجرة على المالك ويحلفه، فإن نكل، ففي تجديد اليمين عليه وجهان:

---

(١) في (ي): (آجرتنيها).

(٢) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ١٠٦)، و«التهذيب» (٤/ ٤٧١ - ٤٧٢).

(٣) في (ز): (قلنا بالأول).

(٤) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ١٠٦)، و«التهذيب» (٤/ ٤٧٢).

(٥) في (ط العلمية): (لا أجرة)، وفي غيرها: (الأجرة). والمقصود: أنه على القول الأظهر لا أجرة له بحلفه، لأنه منكر، وبناءً عليه له دعوى الأجرة بتحليف المالك.

أحدهما: يجدد؛ لأن إثبات المال بيمين المدعي من غير نكول بعيد.

والثاني ـ وبه قال القاضي الحسين ـ: لا يجدد، وكأن يمينه السابقة كانت موقوفة على النكول؛ لصيرورتها حجة ملزمة للأجرة[١].

وإن صدقنا المالك، فإذا حلف فلا أجرة عليه، ويجب على الخياط أرش النقصان. وحكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين، كما في وجوب الأجرة، تفريعاً على القول الأول.

والفرق على المشهور: أن القطع موجب للضمان[٢] إلا أن يعارضه الإذن، وهو غير موجب للأجرة إلا إذا اقترن بالإذن. ثم في الأرش الواجب وجهان[٣]:

أحدهما: ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً؛ لأنه أثبت بيمينه أنه لم يأذن في القطع.

والثاني: ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء؛ لأن أصل القطع مأذون فيه[٤]، وعلى هذا، فلو لم يكن بينهما تفاوت، أو كان مقطوعاً قباء أكثر قيمة، فلا شيء عليه.

وذكر الشيخ أبو محمّد، أن الوجهين ينبنيان على أصلين:

أحدهما: القولان فيما إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة، فزرعها ذرة[٥]:

ففي قول: عليه أجرة المثل، ويعرض عن عقد الإجارة، فعلى هذا يغرم هاهنا جميع النقص، ويعرض عن أصل الإذن.

---

(١) قوله: (للأجرة) سقط من (ي).

(٢) في (ي): (القطع بوجوب الضمان).

(٣) كذا أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٤٧٢).

(٤) «وإنما حصلت المخالفة في الزيادة، فلزمه أرش الزيادة»، «المهذب» (١٥/ ١٠٦).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٨٣).

والثاني: يغرم تفاوت ما بين الزرعين، فهاهنا يغرم تفاوت ما بين القطعين.

والثاني: الخلاف في أن الوكيل إذا باع[١] بالغبن الفاحش، يغرم جميع قدر الغبن، أو يحط عنه ما يتغابن الناس به[٢]؛ لأنه كالمأذون فيه؟

وإذا قلنا: إنه يغرم تفاوت ما بين القطعين، فهل يستحق الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من[٣] القطع؟ فيه وجهان:

عن ابن أبي هريرة: نعم، وبه أجاب صاحب «التهذيب»[٤].

وضعَّفه ابن الصباغ؛ لأنه لم يقطعه للقميص.

وإذا قلنا: يتحالفان، فإذا حلفا فلا أجرة للخياط، وفي وجوب أرش النقص للمالك قولان[٥]:

في «الإملاء»: أنه يجب؛ لأنهما إذا تحالفا فكأنهما لم يتعاقدا، ولو لم يتعاقدا وقطع لزمه الأرش، فكذلك هاهنا.

والأصح[٦] ـ وهو رواية المزني في «الجامع الكبير» ـ: منعه؛ لأنه حلف[٧] على نفي العدوان، ولو لم يحلف لكان لا يلزمه إلا أرش النقص، فلا بد وأن يكون ليمينه فائدة.

---

(١) في (ط العلمية): (باع ماله).

(٢) في (ز): (بمثله).

(٣) في (ط العلمية): (في).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٤٧٢).

(٥) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ١٠٦ – ١٠٧).

(٦) وقطع به في «التهذيب» (٤/ ٤٧٢).

(٧) قوله: (حلف) سقط من (ط العلمية)، وفي (ي): (لو حلف).

ولو أراد الخياط نزع الخيط، لم[1] يمكن منه، حيث حكمنا له بالأجرة، سواء كان الخيط للمالك، أو من عنده؛ لأنه تابع للخياطة.

وحيث قلنا: إنه لا أجرة له، فله نزع خيطه كالصبغ، وحينئذ لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطاً ليدخله في الدروز[2] إذا خرج الأول، لم يمكن منه إلا برضا الخياط؛ لأنه تصرف في ملكه[3].

بقي في المسألة شيء، وهو كيفية اليمين على اختلاف الأقوال: قال في «الشامل»:

إن صدقنا الخياط، حلف بالله «ما أذنت لي في قطعه قميصاً، ولقد أذنت لي في قطعه قباء».

وإن صدقنا المالك، قال: يكفي عندي أن يحلف «ما أذنت لي[4] في قطعه قباء»، ولا حاجة إلى التعرض للقميص؛ لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة كليهما[5] يلزم من نفي الإذن في القباء.

وإن فرعنا على قول التحالف، جمع كل واحد منهما في يمينه بين النفي والإثبات، كما سبق في البيع[6].

---

(١) في (ز): (لا).

(٢) الدروز: جمع درز، وهو موضع الخياطة، وهو فارسي معرب. ويقال مجازاً: أولاد درزة للخياطين. ويقال: درز الخياط الدروز أي دققها. انظر: «الصحاح» باب الزاي، فصل الدال (٣/ ٨٧٨) (درز)، «تاج العروس» فصل الدال، باب الزاي (٤/ ٣٥) (دَرِز)، «المعجم الوسيط» (١/ ٢٨٩) (الدرز).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٧٢).

(٤) في (ي): (لك).

(٥) في (ط العلمية): (كلاهما).

(٦) أي: إثبات ما يقوله ونفي ما يقوله صاحبه. انظر ما سلف (٦/ ٣٩٧).

قال القاضي ابن كج: والكلام في أن البداءة[١] بمن؟ على ما سبق هناك، والمالك هاهنا في رتبة البائع[٢].

واعلم أن اختلاف المتعاقدين في الأجرة أو في المدة أو في قدر المنفعة، بأن قال المكري: «أكريتكها[٣] إلى خمسة فراسخ»، فقال: «بل إلى عشرة»، أو في قدر المستأجر بأن قال: «أكريتك هذا البيت من هذه الدار»، فقال: «بل جميع الدار»، يوجب التحالف كما في البيع[٤]، وإذا تحالفا فسخ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه.

فرع:

قال للخياط[٥]: «إن كان يكفي هذا الثوب لقميصي[٦]، فاقطعه»، فقطعه فلم يكفه، ضمن الأرش؛ لأن الإذن مشروط بما لم يوجد.

ولو قال: «هل يكفي لقميصي[٧]»، فقال: «نعم»، فقال: «اقطعه»، فقطعه فلم يكفه، لم يضمن؛ لأن الإذن مطلق[٨].

* * *

---

(١) في (ز): (البداية)، وفي (ط العلمية): (البراءة).

(٢) قال النووي: «وقلت: وقال الشيخ أبو حامد: إذا صدقنا الخياط، حلف: «لقد أذنت لي في قطعة قباء فقط». فإن لم نثبت للخياط أجرة فهذا أصح من قول صاحب «الشامل»، لأن هذا القدر كافٍ في نفي الغرم عنه، وإن أثبتناها فقول صاحب «الشامل» هو الصواب». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣٨).

(٣) في (ي)، (ز): (أكريتها).

(٤) لأن الإجارة «عقد معاوضة فأشبه البيع» «المهذب» (١٥/ ١٠٥).

(٥) في (ي)، (ز): (لخياط).

(٦) في (ي): (لقميص).

(٧) في (ي): (لقميص).

(٨) انظر: «المهذب» (١٥/ ٩٦).

قال رحمه الله:

(الباب الثالث: في الطوارئ الموجبة للفسخ

وهي ثلاثة أقسام:

الأَوَّل: ما يُنقِصُ المنفعةَ نُقصاناً تتفاوتُ به الأُجرة، فهو عَيبٌ مُوجِبٌ للفَسْخِ قبلَ قبض الدارِ وبعدَه، إلا إذا بادرَ المكري إلى الإصلاح إن قَبِلَ الإصلاح).

قد بان في أول الكتاب أن غرض الباب الكلام فيما يقتضي فسخ الإجارة أو انفساخها، وإنما يثبت الفسخ أو الانفساخ، لخلل يعرض في المعقود عليه، والخلل إما أن يوجب نقصان المنفعة، أو فواتها بالكلية، وعلى التقدير الثاني، فالفوات إما أن يكون حسياً، أو شرعياً، فهذه ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينقص المنفعة، ومهما ظهر بالمستأجَر نقصان تتفاوت به الأجرة، فهو عيب[1] مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة[2]، وانقطاع ماء البئر وتغيُّره، بحيث يمنع الشرب[3]، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها، وانهدام بعض[4] جدرانها.

لكن لو بادر المكري إلى الإصلاح، وكان قابلاً للإصلاح في الحال، سقط خيار المكتري كما مر، ولا فرق بين أن يكون العيب سابقاً على العقد أو القبض، وبين أن

---

(١) قال الغزالي: «العيب: كل ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة» «الوسيط» (٤/ ١٩٦).

(٢) إن كان المرض لا يؤثر في العمل، أو مما لا تعافه النفس (حيث لم يكن خادماً)، فلا خيار للمستأجر في الفسخ. قال أبو إسحاق الشيرازي: «وضعف البصر، والجذام والبرص، في المستأجر للخدمة». انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١٧)، «المهذب» (١٥/ ٧٣).

(٣) وكان مخالفاً لمعهود آبار تلك الناحية، فللمستأجر الخيار. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٠).

(٤) قوله: (بعض) سقط من (هـ).

يكون[1] لاحقاً حاصلًا في يد المستأجر؛ لأن المنافع في الزمان المستقبل غير مقبوضة، وإن كانت الدار مقبوضة فيكون العيب قديماً[2] بالإضافة إليها.

وقياس هذا ألا يتسلط على التصرف في المنافع المستقبلة، إلا أنه تسلط عليه للحاجة.

ثم العيب، إن ظهر قبل مضي مدة لها أجرة[3]، فإن شاء فسخ ولا شيء عليه، وإن شاء أجاز بجميع الأجرة.

وإن ظهر في أثناء المدة، فالوجه ما ذكره صاحب «التتمة» وهو أنه: إن أراد أن يفسخ في جميع المدة، فهو كما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما، ثم وجد بالقائم[4] عيباً وأراد الفسخ فيهما. وإن أراد الفسخ[5] فيما بقي من المدة، فهو كما لو أراد الفسخ في العبد القائم[6] وحده، وحكمها مذكور في البيع[7]. والجمهور أطلقوا القول بأن له الفسخ، ولم يتعرضوا لهذا التفصيل. ومهما امتنع الفسخ، فله أخذ الأرش، فينظر إلى أجرة مثله سليماً، والى أجرة مثله معيباً، ويعرف قدر التفاوت بينهما.

وهذا كله في إجارة العين. أما إذا كانت الإجارة في الذمة، فوجد بالدابة المسلمة عيباً، لم يكن له فسخ العقد، لكن يردها ويؤمر المكري بالإبدال. والله أعلم.

---

(١) من قوله: (العيب سابقاً) إلى هنا سقط من (ط العلمية).

(٢) في (ط العلمية): (قد نما).

(٣) في (ي): (قبلُ بمضي المدة مما له أجرة)، وفي (ز)، (هـ): (قبل أن يمضي من المدة ما له أجرة).

(٤) في (ط العلمية): (بالباقي).

(٥) قوله: (فيهما وإن أراد الفسخ) سقط من (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (الباقي).

(٧) انظر ما سلف (٦/ ٨٥).

قال:

(وإن ظهرَ للعاقدِ عُذْرٌ؛ بأن تَخلَّفَ عن السفرِ وقد استأجرَ الدابّة، أو تَغيَّرتْ[1] حِرفتُه وقد استأجرَ الحانوت، أو مَرِض: لم يكنْ له (ح) الفَسْخُ بهذه الأعذار؛ لأنه لا خللَ في المعقودِ عليه. ولو اكترى أرضاً للزراعةِ ففسدَ الزرعُ بجائحةٍ فلا يُحَطُّ شيءٌ من الأجرة. ولو فسدت[2] الأرضُ بجائحةٍ ثبتَ الردّ؛ فمهما أجاز: جازَ[3] بجميعِ (و) الأجرةِ كما في البيع، وإن فسخَ: رجَعَ إلى أجرةِ الباقي واستقرّ ما استوفاه على الأصحّ (و)، ويُوزَّعُ المُسمى[4] على المُدّتَينِ باعتبارِ القيمة، لا باعتبارِ المُدّة).

فيه ثلاث مسائل:

إحداها: الإجارة لا تفسخ بالأعذار[5]، سواء كانت إجارة عين أو في الذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم[6]، أو هلكت آلات تلك[7] الحرفة،أو حماماً فتعذر عليه الوقود[8]، وبهذا قال مالك[9] وأحمد[10].

---

(١) في (ط العلمية): (تغير).

(٢) في (ط العلمية): (فسد).

(٣) في (ز)، (ط العلمية): (أجاز).

(٤) قوله: (المسمّى) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٠٨)، «التهذيب» (٤/ ٤٤٧).

(٦) في (ي)، (ز)، (هـ): (فبدا له).

(٧) قوله: (تلك) سقط من (هـ).

(٨) «لم يجز له الرد، لأن المعقود عليه باقٍ، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره» «المهذب» (١٥/ ٧٣).

(٩) قال مالك: «من اكترى دابة إلى موضع من المواضع ثم بدا له أن لا يخرج إلى ذلك الموضع، فإن الكراء له لازم» «المدونة الكبرى» (٣/ ٤٢٨).

(١٠) «المغني» (٦/ ٢٤).

وقال أبو حنيفة[١] رضي الله عنه: يثبت الفسخ بهذه الأعذار ونحوها. وسلّم أنه لو ظهر للمكري عذر، كما لو مرض وعجز عن الخروج مع الدواب التي آجرها، أو أكرى داره وأهله مسافرون فعادوا، أو لم يكن متأهّلاً[٢] فتأهّل، أنه لا يثبت الفسخ، فيقاس عليه ما سلم، وأيضاً فإن الإجارة عقد لا يفسخ بغير عذر، فلا يفسخ بعذر في[٣] غير المعقود عليه، كالبيع.

الثانية: إذا اكترى أرضاً للزراعة، فزرعها، فهلك الزرع بجائحة[٤] من سيل أو جراد[٥] أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر، لم يكن له الفسخ، ولا حط شيء من الأجرة؛ لأن الجائحة لحقت مال المكتري لا منفعة الأرض[٦]، فأشبه ما لو اكترى دكاناً، لبيع البز، فاحترق بزه[٧]، لا تنفسخ الإجارة في الدكان.

ولو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة، قال في الكتاب: (يثبت الرد)، ومفهومه أنه عيب موجب للخيار، لكن هذا الفساد مفوت للمنفعة بالكلية، فليكن كفوات الأرض بغرق أو رمل، وسنذكره في الفصل الذي يلي هذا الفصل، وقد بين ذلك في «الوسيط»[٨] فقال: «ينفسخ العقد في المدة الباقية».

---

(١) هذا عند الحنفية بناء على أن جواز عقد الإجارة للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر، انتقل الأمر إلى القياس، حيث إن العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات يمنع اللزوم في الحال كالوصية. انظر: «المبسوط» (١٦/ ٢)، «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٧)، «الاختيار» (٢/ ٦١).

(٢) متأهل: أي متزوج، يقال: أَهَل الرجل يأهِل ـ بالفتح والكسر ـ أُهُولًا، وتأهل، إذا تزوج. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٨) (أهل).

(٣) في (ط العلمية): (من).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (لجائحة).

(٥) في (هـ): (جماد).

(٦) انظر: «المهذب» (١٥/ ٧٣)، «الوسيط» (٤/ ١٩٧).

(٧) قال الشافعي: «كما لو اكترى منه داراً للبز فاحترق البز» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٨).

(٨) «الوسيط» (٤/ ١٩٧).

ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع، فعن[١] الإمام[٢] فيه احتمالان: قال[٣] في «الوسيط»[٤]: **الظاهر**: أنه لا يسترد شيئاً؛ لأنه لو[٥] بقيت صلاحية الأرض وقوتها، لم يكن للمستأجر فيها فائدة بعد فوات الزرع.

والثاني: يسترد؛ لأن بقاء الأرض على صفتها[٦] مطلوب، فإذا خرجت عن أن يكون منتفعاً بها، وجب أن يثبت الانفساخ. وبهذا قطع بعض أصحاب الإمام.

وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض، فأظهر الاحتمالين بالاتفاق: الاسترداد؛ لأن أول الزراعة غير مقصود[٧]، ولم يسلم الأخير[٨].

وأما المسألة الثالثة: وهي أنا إذا أثبتنا الخيار، فيم يخيَّر إن أجاز، وما الذي يستقرّ، إن فسخ؟ فنؤخرها إلى الفصل بعد هذا.

وقوله في الكتاب: (وقد استأجر دُكّاناً أو حانوتاً) الوجه: طرح أحد اللفظين[٩]، فإن الدكان هو الحانوت. قال في «الصحاح»[١٠]: الدكان واحد الدكاكين، وهي الحوانيت.

---

(١) في (ط العلمية): (فعين).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٤٣).

(٣) في (ي): (نقل).

(٤) «الوسيط» (٤/ ١٩٧).

(٥) قوله: (لو) سقط من (هـ)، (ط العلمية)، وفي (ي): (لو ثبتت صلاحية الأرض).

(٦) في (ط العلمية): (صنفتها).

(٧) في (ي): (معقود).

(٨) في (ز)، (هـ): (الآخر).

(٩) يُلاحظ أن المذكور في المتن من قبل هو الحانوت فقط. (م ع).

(١٠) «الصحاح» باب النون، فصل الدال (٥/ ٢١١٤) (دكن).

قال:

(الثاني: فَواتُ المنفعةِ بالكُلّيّة ـ كموتِ الدابّةِ والأجيرِ المُعيَّن، وانهدام الدار ـ موجِبٌ للفَسْخ؛ نصَّ عليه. ونصَّ على[١] أنّ انقطاعَ شِرْبِ الأرضِ غيرُ[٢] مُوجِبٍ للخِيار؛ لأنها بقيَتْ أرضاً، والدارُ لم تبقَ داراً. وقد[٣] قيلَ فيهما قولانِ بالنقلِ والتخريج؛ وهَو الأظهر. وإذا ماتَ أحدُ المُتعاقِدَينِ[٤] لم ينفسخ (خ) العَقْد[٥].

ولو ماتَ الصبيُّ المُتعَلِّم، أو المُرتضِع، أو تَلِفَ الثوبُ المَخيط؛ فهو مُتردِّدٌ بينَ تلفِ العاقدِ والدابّةِ المُعيَّنة: ففيه خلافٌ (و) أنه هل ينفسخُ به أم يُبدَّلُ بغيرِه؟

وإذا غُصِبَت[٦] الدارُ المُستأجَرةُ حتى مَضَت[٧] المُدّةُ انفسخَتِ الإجارة[٨]. وفيه قول: أنّ للمستأجِرِ الخيار؛ فإن شاءَ[٩] طالَبَ الغاصبَ بأجرةِ المِثل.

---

(١) قوله: (على) سقط من (ز)، (ط العلمية).

(٢) قوله: (غير) سقط من (ز).

(٣) قوله: (قد) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (العاقدين).

(٥) في (ز): (الحانوت).

(٦) في (ط العلمية): (غصب).

(٧) في (هـ): (انقضت).

(٨) قوله: (الإجارة) زيادة في (ز).

(٩) في (هـ): (وإن أجاز).

ولو أقرَّ المكري للغاصب بالرَّقَبة قُبِلَ إقرارُه في الرَّقَبة، وهل يفوتُ حقُّ المنفعةِ تَـبَعاً على الـمستأجِر؟ فيه خلاف (و)؛ والأقيـس: (و) أنّ للمستأجِرِ أيضاً مُخاصَمةَ الغاصبِ لأجلِ حقِّه في المنفعة).

نورد مسائل الفصل والتي ينسلك معها على ما يوجبه[١] الشرح، ولا نراعي ترتيب الكتاب، فنقول:

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره:

موت الدابة والأجير المعين، وذلك إن كان قبل القبض انفسخ العقد. وكذا إن كان عقيب[٢] القبض، قبل مضي مدة لمثلها أجرة. وإن[٣] كان في خلال المدة، انفسخ العقد في الباقي[٤]. وفي الماضي، يجيء الطريقان[٥] فيما إذا اشترى عبدين وقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض، هل ينفسخ العقد[٦] في المقبوض؟[٧] فإن قلنا: ينفسخ في الماضي، سقط المسمى، ووجب أجرة المثل لما مضى[٨]. وإن قلنا: لا ينفسخ فيه، فهل له خيار الفسخ؟ فيه وجهان[٩]:

(١) في (ط العلمية): (يوجيه)، وفي (ي): (يوجب).
(٢) في (ط العلمية): (عقب).
(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (إن).
(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١٥)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٥).
في (هـ): (الثاني).
(٥) الطريقان: أحدهما: لا ينفسخ فيه العقد قولًا واحداً. والثاني: أنه على قولين، بناء على الطريقين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض، هل هو كالهلاك المقارن للعقد، أم لا؟ «المهذب» (١٥/ ٧٤)، انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١٦).
(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (البيع).
(٧) وأصحهما: القطع بعدم الانفساخ. انظر ما سلف (٦/ ٨٥).
(٨) قوله: (لما مضى) سقط من (ز).
(٩) أطلقهما الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٢١٦ - ٢١٧).

أصحهما ـ عند الإمام[١] وصاحب «التهذيب»[٢] ـ: لا؛ لأن منافعه قد صارت مستوفاة مستهلكة.

والثاني ـ وبه أجاب[٣] ابن الصباغ وآخرون ـ: نعم؛ لأن جميع المعقود عليه لم يسلم له.

فإن قلنا: له خيار الفسخ وفسخ، فالرجوع[٤] إلى أجرة المثل[٥]. وإن قلنا: لا فسخ له، أو أجاز، وجب قسط ما مضى من المسمى. والتوزيع على قيمة المنفعة[٦]، وهي أجرة المثل، لا على نفس الزمان.

وأجرة المثل تختلف، فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين؛ لكثرة الرغبات في ذلك الشهر، فلو كان مدة الإجارة سنة وقد مضت منها ستة أشهر، لكن أجرة المثل فيها ضعف أجرة المثل في السنة الباقية، وجب من[٧] المسمى ثلثاه، وإن كان بالعكس فثلثه[٨].

وتفاوت الأجرة في المدتين كتفاوت القيمة في العبدين، إذا قبض أحدهما وتلف الآخر عند البائع.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٧٩).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٣٥).

(٣) في (ز): (قال).

(٤) في (هـ): (فله الرجوع).

(٥) «الحاوي» (٩/ ٢١٧).

(٦) قال الماوردي: «كان بعض أصحابنا يخرج قولًا آخر: أنه يقيم بجميع الأجرة، وإلا فسخ. وهو قول مَن يجعل الفساد الطارئ كالفساد المقارن للعقد» «الحاوي» (٩/ ٢١٧).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (في).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٦).

وإذا أثبتنا الخيار بسبب عيب، وانفسخ العقد في المستقبل بفسخه، ففي انفساخه[١] في الماضي الطريقان[٢]. فإن لم ينفسخ[٣]، فسبيل التوزيع ما بيناه.

وإن أجاز[٤]، فعليه الأجرة المسماة بتمامها، كما لو رضي بعيب المبيع، يلزمه جميع الثمن، وهذا ما ذكره صاحب الكتاب في الفصل السابق أنه مهما أجاز، أجاز بجميع الأجرة إلى آخره.

وأراد بقوله: (رجع إلى أجرة الباقي)، الأجرة المسماة. وقوله: (واستقرّ ما استوفاه على الأصح)، يعني[٥] الأصح من القولين. وعلى القول الثاني: لا يستقر شيء من المسمى؛ لتعدي الانفساخ إلى الماضي.

ولا فرق بين أن يحصل التلف بآفة سماوية أو بفعل المكتري، بل لو قتل العبد والدابة المعينة[٦]: كان حكم الانفساخ والأجرة على ما ذكرناه، ويلزمه قيمة ما أتلف. وعن ابن أبي هريرة، أنه يستقر عليه الأجرة المسماة بالإتلاف، كما يستقر الثمن على المشتري بالإتلاف.

والمذهب الأول؛ لأن البيع ورد على العين، فإذا أتلفها جعل قابضاً، والإجارة وردت على المنافع ومنافع الزمان المستقبل معدومة، لا يتصور ورود الإتلاف عليها. وعلى هذا، فلو عيّب المكتري الدار، أو جرح العبد، كان كما لو تعيب بآفة سماوية

---

(١) في (ي): (انفساخ)، وفي (ز)، (هـ): (الانفساخ).

(٢) قال البغوي: «وجهان» «التهذيب» (٤/ ٤٣٦).

(٣) في (ز): (يفسخ).

(٤) في (ط العلمية): (أجازه).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (يعن).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٦).

في ثبوت الخيار. قال الإمام[١]: وقد يختلج في الصدر خلافه؛ لتضمن[٢] التعيب الرضا بالعيب.

ومنها: انهدام الدار، والنص[٣] أنه يقتضي الانفساخ. ونص[٤] فيما إذا اكترى أرضاً للزراعة ولها ماء معتاد فانقطع، أن له فسخ العقد.

واختلفوا في النصين، فمنهم من نقل وخرّج، وجعل المسألتين[٥] على قولين[٦]:

أحدهما: انفساخ الإجارة؛ لفوات المقصود، وهو السكنى هاهنا، والزراعة هناك، فكان كموت العبد.

والثاني: المنع؛ لأن الأرض باقية والانتفاع ممكن من وجه آخر، ولكن يثبت به الخيار.

ومنهم من قرر النصَّين، وفرّق بأن الدار لم تبق[٧] داراً، والأرض بقيت أرضاً، وأيضاً فربما تمكن الزراعة بالأمطار.

وأشار بعضهم إلى القطع بعدم الانفساخ، وحمل ما ذكره في الانهدام على

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٢١٥).

(٢) في (هـ): (لتضمين).

(٣) قال الشافعي: «ثم هلك العبد أو انهدم المسكن، حُسب قدر ما استُخدم وسُكن فكان له، ورَدّ بقدر ما بقي على المكتري» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٥).

(٤) قال الشافعي: «والماء قائم ثم نضب الماء فذهب قبل الغلة الثانية، فأراد ردّ الأرض بذهاب الماء، فذلك له» «الأم» (٤/ ١٦).

(٥) في (ز): (المسألة).

(٦) قال الشيرازي: «وهو الصحيح» «المهذب» (١٥/ ٧٤).

(٧) في (ط العلمية): (تبعد).

ما[1] إذا صارت الدار تلًا غير منتفع به بوجه ما.

وطريقة النقل والتخريج أظهر عند الأصحاب. لكن الأظهر من القولين في الانهدام: الانفساخ. وفي انقطاع الماء: ثبوت الخيار كما نص عليه، وإنما يثبت الخيار، إذا امتنعت الزراعة.

فأما إذا قال المكري: «أنا أسوق الماء إليها من[2] موضع آخر»، يسقط الخيار، كما لو بادر إلى إصلاح الدار[3]. فإن قلنا: بالانفساخ، فالحكم على ما ذكرنا في موت العبد. وإن قلنا بعدم الانفساخ، فله الفسخ في المدة الباقية، وفي الماضية الوجهان:

فإن منعناه، فعليه قسط ما مضى من المسمى. وإن أجاز، لزمه المسمى كله. وقيل: يحط للانهدام وانقطاع الماء ما يخصه.

ومنها: إذا غُصب العبدُ المستأجر أو أبق، أو ندَّت[4] الدابة[5]: فإن كانت الإجارة في الذمة، فعلى المكري الإبدال، فإن امتنع استؤجر عليه. وإن كانت إجارة عين[6]، أو غصبت الدار المستأجرة، فللمكتري الخيار.

فإن كان ذلك في أثناء المدة، فإن اختار الفسخ فسخ في الباقي، وفي الماضي ما مضى من الخلاف. وإن لم يفسخ، وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت، فيبنى على

---

(١) في (هـ): (الانهدام فيما).

(٢) في (هـ): (من)، وفي غيرها: (في).

(٣) «فلا خيار للمكتري» «التهذيب» (٤/ ٤٥٦).

(٤) ندّ: يقال ندّ البعير نداً ونداداً بالكسر ونديداً، إذا نفر وذهب على وجهه شارداً، فهو ناد. «المصباح المنير» (٢/ ٥٩٧) (ندَّ).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٤ – ٢٤٥)، «المهذب» (١٥/ ٨٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٤١٩ – ٤٢٠).

(٦) في (ط العلمية): (عبيد).

الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض، ينفسخ[١] البيع أم لا؟ إن قلنا: ينفسخ، فكذلك الإجارة، ويسترد الأجرة. وإن قلنا: لا ينفسخ، فكذلك الإجارة[٢]، ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الأجرة[٣]، وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل.

والذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه[٤] وأجاب به الأصحاب: انفساخ الإجارة، وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ. وعلى هذا، فلو عاد إلى يده[٥]، وقد بقي بعض المدة، فللمكتري أن ينتفع به في الباقي وتسقط حصة المدة الماضية[٦]، إلا إذا قلنا: إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي، فليس له الانتفاع في بقية المدة.

وإن كان قد استأجره لعمل معلوم، فله أن[٧] يستعمله فيه[٨] متى حصلت القدرة عليه[٩].

وإذا بادر المكري إلى الانتزاع من الغاصب[١٠]، ولم تتعطل منفعته[١١] على

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (فيفسخ).

(٢) من قوله: (ويسترد) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) قوله: (الأجرة) سقط من (هـ).

(٤) قال الشافعي: «وإن مات البعير، ردّ الجمال من الكراء مما أخذ بحساب ما بقي». «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٧).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (الباقية).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (أنه).

(٨) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٩) انظر: «المهذب» (١٥/ ٨٠).

(١٠) قوله: (من الغاصب) سقط من (ي).

(١١) في (ي)، (ط العلمية): (منفعة).

المكتري، سقط خياره[١]، كما سقط[٢] في إصلاح الدار.

ثم ذكر في غصب المستأجر صورتين:

إحداهما: لو أقرّ المكري[٣] بما أكراه للغاصب من المستأجر، أو لإنسان آخر[٤]، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان:

يُوجَّه **أحدهما**: بأنه قول يناقض العقد السابق، فلا يُلتفت إليه، كما لو أقرّ بما باعه لغير المشتري.

والآخر: بأنه مالك في الظاهر غير متهم في الإقرار، ويخالف[٥] إقرار البائع؛ لأنه يصادف ملك الغير.

وقد يبنى الخلاف على أن المكري، هل له بيع المستأجر؟ إن قلنا: نعم، صح إقراره. وإلا، فهو على الخلاف في إقرار الراهن[٦]. وإذا قلنا: يقبل إقراره، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه:

أظهرها: أنه لا يبطل؛ لأنه بالإجارة أثبت له الحق في المنفعة، فلا يُمكَّن من رفعه، كما أن البائع لا يتمكن من رفع ما أثبته بالبيع.

---

(١) في (هـ): (حقه من الخيار).

(٢) في (ز)، (هـ): (سقط)، وفي غيرهما: (سبق).

(٣) في (ط العلمية): (المكتري).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٠١).

(٥) في (ي): (وبخلاف).

(٦) انظر ما سلف (٦/ ١٩٤).

وذكر النووي: أن أظهرهما القبول. «روضة الطالبين» (٥/ ٢٤٣).

والثاني: يبطل، تبعاً للرقبة كالعبد إذا أقر على نفسه بالقصاص، يُقبل ويبطل حق السيد تبعاً[١].

والثالث: إن كان المال في يد المستأجر[٢]، فلا يزال يده إلى انقضاء مدة الإجارة، وإن كان في يد المقر له[٣]، فلا ينتزع من يده.

وإذا قلنا: يبطل حق المكتري[٤] في المنفعة، فهل له تحليف المكري؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن هل يُحلِّف الراهنَ، إذا أقر بالمرهون، وقبلناه؟ والأظهر من الخلاف في المسألة[٥]: أنه يقبل إقراره في الرقبة، ولا يقبل في المنفعة، ويحكى هذا عن أبي بكر الفارسي، لكن الذي رواه عن النصّ في «عيون المسائل» له: أن الإقرار جائز، والكراء[٦] باطل.

الصورة[٧] الثانية: للمكري مخاصمة من غصب العين المكراة أو سرقها بحق المالك، وهل للمكتري مخاصمته؟ فيه وجهان[٨]:

أحدهما: نعم؛ لأنه يستحق المنفعة، فيطالبه ليستوفي المنفعة.

وأظهرهما ـ ويحكى عن نصّ الشافعي رضي الله عنه ـ: لا؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك[٩]، فأشبه المودع والمستعير.

---

(١) قوله: (تبعاً) سقط من (ز).

(٢) في (ز)، (هـ): (المكتري).

(٣) قوله: (له) سقط من (ي).

(٤) في (هـ): (من).

(٥) قوله: (في المسألة) سقط من (ز).

(٦) في (ي): (والكل).

(٧) قوله: (الصورة) زيادة في (ي).

(٨) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٤٥٤).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (مالك).

والوجهان جاريان في أن المرتهن هل يخاصم؛ لأن له حقاً في المرهون؟ ورأى الإمام[١] وطائفة الوجه الأول أقرب إلى القياس، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب فقال: (والأقيس: أنّ للمستأجر أيضاً مخاصمة الغاصب)، وقد يوجه بأن من ادعى ملكاً وقال: «اشتريته من فلانٍ، وكان مالكاً[٢] له إلى أن اشتريته»، تسمع بينته على ذلك. وكما[٣] سمعت البينة[٤] على تملك البائع؛ لتوسله بها إلى إثبات الملك لنفسه، وجب أن يكون الحكم في المنفعة كذلك.

ومنها الثوب المعين للخياطة، إذا تلف، هل ينفسخ العقد؟[٥] فيه خلاف قد مر ذكره: والأصح عند الإمام[٦] وجماعة: أنه لا ينفسخ؛ لأن المعقود عليه العمل، فلا فرق بين أن يوقعه في ذلك المعين، أو في[٧] مثله.

وعند العراقيين والشيخ أبي علي: أنه ينفسخ؛ لتعلقه بذلك المعين. وبه[٨] أجاب ابن[٩] الحداد فيما إذا اكترى منه دواب في الذمة، لحمل خمسة أعبد معينين، فمات اثنان وحمل ثلاثة، فقال: له ثلاثة أخماس الكراء، ويسقط خمساه، والفرض فيما إذا تساوت أوزانهم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٧٠).

(٢) في (ز)، (هـ): (ملكاً).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (فكما).

(٤) قوله: (وكما سمعت البينة) سقط من (هـ).

(٥) فيه قولان. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٦).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٧٧-٢٧٨).

(٧) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (فيه).

(٩) في (ط العلمية): (ابنه).

ويوافقه نصّ الشافعي رضي الله عنه فيما لو نكحها على خياطة ثوب بعينه[١]، فهلك[٢] قبل أن يخيطه، حيث قال: لها مهر المثل[٣].

ثم بيّن الشيخ موضع الخلاف، فقال: الخلاف فيما إذا ألزم[٤] ذمته خياطة ثوب بعينه، أو حمل عبدٍ أو متاعٍ[٥] وقناعاً بعينه، فإن العقد وإن كان في الذمة، فهو متعلق بعين ذلك الثوب أو المتاع. أما إذا استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو لحمل متاع، فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع، وفي أن العقد لا ينفسخ بهلاكهما.

وفرق بأن العقد ـ والحالة هذه ـ تناول المدة. ألا ترى أنه لو سلّم الدابة فلم يركب، تستقر الأجرة، وفيما إذا استأجره[٦] لخياطة الثوب المعين، العقد يتناول العمل، ولهذا لو سلّم نفسه مدةً يمكن فيها الخياطة ولكن لم يخط، لم تستقر. هكذا ذكره الشيخ، وفيه نزاع ستعرفه من بعد إن شاء الله تعالى.

فإن حكمنا بأن الإجارة لا تنفسخ، فإن أتى المستأجر بثوب مثله فذاك. وإن لم يأت إما لعجزٍ أو امتنع عن قدرة، حتى مضت مدة تسع[٧] لتوفيته[٨]، فتستقر الأجرة، أو لا تستقر؟ فيه وجهان، نقلهما الإمام[٩]: إن قلنا: تستقر، فللمستأجر فسخ العقد؛ لأنه ربما لا يجد ثوباً آخر، أو لا يريد قطعه.

---

(١) قوله: (بعينه) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (فهلك) سقط من (ز).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٠٠).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (لزم).

(٥) في (ط العلمية): (حمل عبداً وقناعاً).

(٦) كذا في (هـ)، وفي غيرها: (استأجر).

(٧) قوله: (تسع) سقط من (هـ).

(٨) في (ي)، (ز)، (هـ) زيادة فيها خلل.

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٠٠-٢٠١).

وفيه وجه آخر: أنه ليس له فسخ العقد.

فيخرج من هذا وجه: أن المستأجر مخيَّر، إن شاء أبدل الثوب التالف، وإن شاء فسخ، وإليه أشار صاحب الكتاب في «الوسيط»[١] حيث قال بعد ذكر الخلاف في الانفساخ[٢]: وفيه وجه ثالث: وهو أنهما إن لم يتشاحا في الإبدال استمر العقد، وإلا ثبت[٣] الفسخ.

وموت الصبي المعين للتعليم كتلف الثوب المعين للخياطة، وكذا الصبي المعين للإرضاع[٤] إن لم يكن ولد المرضعة.

وإن كان ولدها، فالخلاف فيه مرتب، وأولى بالانفساخ؛ لأن درور اللبن على الولد فوق دروره على الأجنبي، لزيادة الشفقة على الولد فلا يمكن إقامة غيره مقامه.

ولو بدا له في قطع الثوب المعين، وهو باقٍ، قال الإمام[٥]: المتجه أنه لا يجب عليه الإتيان به؛ لأنه قد نتج[٦] له غرض في الامتناع. لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، إن قلنا باستقرار الأجرة بتسليم الأجير نفسه، وليس للأجير فسخ الإجارة. وإن قلنا: لا تستقر، فله فسخ الإجارة وليس للمستأجر الفسخ بحال، فإن الإجارة عندنا لا تفسخ بالأعذار.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٢٠٠).

(٢) وفي (هـ): (الخلاف والانفساخ).

(٣) في (ط العلمية): (ولا يثبت).

(٤) في انفساخ الإجارة فيه وجهان، والمنصوص: الانفساخ، لتعذر استيفاء المعقود عليه.
وعلى قول عدم الانفساخ: إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحَّا فسخ العقد. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥١)، «المهذب» (١٥/ ٨٠)، «التهذيب» (٤/ ٤٤٥).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٠١).

(٦) في (ز)، (هـ): (سنح).

ولا يلتحق[١] بالأسباب المذكورة في الفصل موت المتعاقدين، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر، ولا موت المؤجر[٢]، وبه قال مالك[٣] وأحمد[٤] رحمهما الله.

بل إن مات المستأجر، قام وارثه مقامه في استيفاء المنفعة، وإن مات المؤجر، تُرِكَ[٥] المال عند المستأجر إلى انتهاء مدة الإجارة. فإن كانت الإجارة واردة على الذمة، فما التزمه دين عليه، فإن كان في التركة وفاء، استؤجر منها لتوفيته، وإلا فالوارث بالخيار، إن شاء وفَّاه، واستحق الأجرة، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الإجارة[٦].

وقال أبو حنيفة[٧]: ينفسخ العقد بموت كل واحد منهما.

لنا: القياس على البيع، وعلى ما إذا زوّج أمته ثم مات، وانفساخ الإجارة بموت الأجير كان من جهة أنه مورد العقد لا من جهة أنه عاقد.

ولو أوصى لزيد بمنفعة داره مدة عمر زيد[٨]، فقبل الوصية، وأجّرها مدة ثم

---

(١) في (ز): (يلحق)، وفي (ي)، (هـ): (يستلحق).

(٢) قال الشافعي: «ولا تنفسخ بموت أحدهما ما كانت الدار قائمة» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٥).
انظر: «الحاوي» (٩/ ٢١٨ - ٢١٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٤٩)، «المهذب» (١٥/ ٨٨).

(٣) انظر: «التاج والإكليل» (٥/ ٤٤٣).

(٤) «المحرر» (١/ ٣٥٥)، «المغني» (٦/ ٤٨)، «الكافي» (٢/ ٣١٩).

(٥) في (ط العلمية): (نزل).

(٦) من قوله: (لتوفيته) سقط من (ي).

(٧) وهذا عند الحنفية، لأن المنافع غير مملوكة بالعقد، لأنها غير موجودة. فإذا طرأت بعد الموت في ملك الورثة فهي لهم، فلا يستحق المستأجر بعقد الميت، لأن الميت لا يملك تلك المنافع. كما لا تثبت الإجارة في حق ورثة المستأجر، لأنهم لم يعاقدوا المؤجر. انظر: «الهداية» (٩/ ١٤٥)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٢٢)، «الاختيار» (٢/ ٦١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٢٩).

(٨) قوله: (عمر زيد) سقط من (ز).

مات في خلال المدة، تنفسخ الإجارة؛ لانتهاء حقه الذي هو مورد الإجارة بموته[١].

ومما ينتظم في الفصل مسألة هرب الجمَّال:

فإذا أكرى جمالاً وهرب، فإما أن يذهب بها، أو يتركها عند المكتري. فإذا ذهب بها، نظر: إن كانت الإجارة في الذمة: اكترى الحاكم عليه من ماله، فإن لم يجد له مالاً، اقترض[٢] عليه من بيت المال، أو من المكتري، أو من[٣] غيره، واكترى عليه[٤]. قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء[٥] إلى المكتري[٦]؛ لأنه يصير[٧] وكيلًا[٨] في حقّ نفسه.

فإن تعذر الاكتراء عليه، فللمكتري فسخ العقد، كما لو انقطع المسلم فيه عند المحل. فإن فسخ، فالأجرة دين في ذمة الجمَّال. فإن لم يفسخ، فله مطالبة الجمَّال إذا عاد بما التزمه.

وإن كانت الإجارة إجارة عين: فللمكتري فسخ العقد، كما إذا ندت الدابة[٩]. وإن تركها عند المكتري[١٠]: فإن تبرع المكتري بالإنفاق عليها فذاك. وإلا راجع الحاكم

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٩).

(٢) في (ز)، (هـ): (اقترض)، وفي (ي)، (ط العلمية): (اكترى).

(٣) قوله: (من) زيادة في (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٥) في (ي)، (هـ): (الكراء).

(٦) كذا قال الماوردي، «كما لا يجوز لبائع السلم أن يدفع إلى مشتريه مالًا يشتري لنفسه بمال غيره» «الحاوي» (٩/ ٢٤٨).

(٧) في (ز)، (هـ): (يكون).

(٨) في (ي): (كفيلًا).

(٩) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٨ - ٢٤٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٦٤)، «المهذب» (١٥/ ٧٩).

(١٠) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

لينفق عليها، وعلى مَن يقوم بتعهدها من مال المكري[١] إن وجده. وإلا استقرض[٢] عليه كما ذكرنا. ثم إن وثق بالمكتري، سلّم إليه ما استقرضه[٣] لينفق عليها، وإلا دفعه إلى مَن يثق به وإذا لم يجد مالاً آخر[٤]، باع منها بقدر الحاجة؛ لينفق عليها من ثمنه. ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجر؛ لأنه محل الضرورة. وتبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة.

ولو لم يستقرض الحاكم من المكتري، ولكن أذن له في الإنفاق ليرجع به[٥]، ففيه قولان[٦]:

أظهرهما: الجواز، كما لو استقرض منه ودفع إليه.

والثاني: المنع، ويُجعل متبرعاً؛ لأنا لو جوزناه، لاحتجنا إلى قبول قوله فيما يدعيه لنفسه، وهو بعيد.

وإذا قلنا بالأول، لم[٧] نبال به، وجعلنا القول قوله[٨]، إذا اختلفا في قدر ما أنفق.

وعن صاحب «التقريب» وجه آخر: أن القول قول المكري؛ لأن الأصل براءة ذمته[٩].

---

(١) في (ز): (المكتري).

(٢) في (ط العلمية): (استقرّ من).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (اقترضه).

(٤) قوله: (آخر) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (به) زيادة في (هـ).

(٦) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٤٦٥).

(٧) قوله: (لم) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٨) لأنه حينئذ أمين. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٧).

(٩) وهناك قول ثالث، وهو: أنه يرجع في قدر النفقة إلى عرف الناس وعادتهم في علف مثلها، فإذا وافق=

ولو أنفق المكتري بغير إذن الحاكم مع إمكان مراجعته، لم يرجع.

وإن لم يكن حاكم، فعلى ما ذكرنا في عامل المساقاة إذا هرب[١] قال الإمام[٢]: ولو كان في الموضع حاكم، وعسر إثبات الواقعة عنده، فكما لو لم يكن حاكم. فإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق من غير[٣] مراجعة الحاكم، فلو اختلفا، فالقول قول الجمال؛ لأن إنفاق[٤] المكتري لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم. قال: وفيه احتمال؛ لأن الشرع سلطه عليه.

فإذا انقضت مدة الإجارة ولم يعد الجمال، باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترض، ويحفظ سائرها[٥]. فإن رأى بيعها كيلا تأكل نفسها[٦]، فعل.

قال:

(ومهما حَبسَ المكتري الدابّةَ حتى مضتِ المُـدّةُ استقرَّتِ الأُجرةُ سواء قُدرت المُدّةُ أم لا، عُـيِّنَت الدابّةُ أم لا[٧]. فإن حبسَ المكري وقُدِّرَت المُدةُ انفسَخَت، وإن لم تُقدَّرْ فوجهان).

= قول أحدهما فهو المعول عليه. وقد أشار إليه الشافعي في «الأم» (٤/ ٣٧)، انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٧).

(١) أي: إن لم يشهد بالرجوع لم يرجع، وإن أشهد فوجهان، والمذهب أنه يرجع. انظر: «الحاوي» ٩(/ ٢٤٨)، «التهذيب» (٤/ ٤٦٥)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٠٨ - ٤٠٩).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٥٤).

(٣) في (ز)، (هـ): (بغير).

(٤) في (ط العلمية): (اتفاق).

(٥) «لأنه موضع ضرورة» «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٦) في (ي): (بعضها)، وفي (ط العلمية): (لئلا يأكل بنفسها).

(٧) قوله: (عيِّنت الدابة أم لا) سقط من (ز).

فيه مسألتان:

الأولى[١]: إذا اكترى دابة أو داراً مدة، وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة، انتهت الإجارة، واستقرت الأجرة، سواء انتفع بها في المدة أم لا[٢]، وليس له الانتفاع بعد المدة، ولو فعل لزمه أجرة المثل مع المسمى[٣].

ولو ضبطت المنفعة بالعمل دون المدة، كما إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم، وقبضها وأمسكها عنده، حتى مضت مدة يمكن فيها المسير إليه، فكذلك تستقر عليه الأجرة[٤]، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه[٥].

لنا: أن المكري مكَّنه من الانتفاع بأقصى المقدور عليه، فتستقر له[٦] الأجرة، كما لو كان الضبط بالمدة.

ولا فرق بين أن يكون تخلف المكتري لعذر أو لغير[٧] عذر، حتى لو تخلف لخوفٍ في الطريق، أو لعدم وجدان الرفقة، استقرت الأجرة عليه[٨]، وإن كان معذوراً من

---

(١) في (ز)، (هـ): (إحداهما).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٢).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٥).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٥).

(٥) وهذا لأن شرط استيفاء المعقود عليه يتوقف على التمكن من المعقود عليه، والمعقود عليه هنا خطوات الدابة ولا يتصور وجود ذلك إذا كانت الدابة في البيت. انظر: «المبسوط» (١٥/ ١٨٤)، «نتائج الأفكار» ومعه «العناية» (٩/ ٧١).

(٦) قوله: (له) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (من غير).

(٨) ذكر الماوردي: أن المكتري لو تخلف عن الركوب لمرض الدابة أو لعذر في الطريق، فلا أجرة على المستأجر، لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره. فإن كانت الإجارة على مدة فالإجارة باطلة، وإن كانت إلى مسافة معلومة فهي بحالها. «الحاوي» (٩/ ٢٧٣).

جهة أنه لو خرج والحالة هذه، كان متعدياً ضامناً للدابة[١]، وإنما استقرت الأجرة عليه؛ لأن عوضها وهو[٢] منافع الدابة[٣] تلفت عنده، على أنه متمكن من السفر عليها إلى بلد آخر، ومن استعمالها في البلد[٤] تلك المدة، وليس للمكتري فسخ العقد بهذا السبب، ولا أن يلزم المكري[٥] استرداد الدابة إلى أن يتيسر الخروج.

هذا في إجارة العين. فلو كانت الإجارة في الذمة، وسلّم دابة بالوصف المشروط، فمضت[٦] المدة عند المكتري، استقرّت الأجرة أيضاً؛ لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن.

وقوله في الكتاب: (عينت الدابة أم لا)، عبارة عن النوعين: إجارة العين والإجارة في الذمة. وقوله قبله[٧]: (قدرت المدة أم لا)، إشارة إلى[٨] الضبط بالمدة، والضبط بالمنفعة.

ولو كانت الإجارة فاسدة، استقر فيها أجرة المثل بما يستقر به[٩] المسمى في الإجارة الصحيحة، سواء انتفع بها[١٠] أو لم ينتفع، وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمى[١١] أو أكثر[١٢].

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (للدية).
(٢) في (ز): (وهو)، وفي غيرها: (وهي).
(٣) في (ز): (الدابة)، وفي غيرها: (المدة).
(٤) من قوله: (البلد) سقط من (ي).
(٥) من قوله: (فسخ العقد) إلى هنا سقط من (هـ).
(٦) في (ي): (تمت).
(٧) قوله: (قبله) سقط من (هـ).
(٨) في (ز)، (هـ): (إلى الضبطين).
(٩) في (ي)، (ط العلمية): (بها).
(١٠) قوله: (بها) سقط من (ز)، (هـ).
(١١) في (ز): (المستحق).
(١٢) قال الشافعي: «وما اكترى فاسداً وقبضها ولم يزرع ولم يسكن حتى انقضت السنة، فعليه كراء =

وقال أبو حنيفة[١]: إن لم ينتفع فلا شيء عليه، فإن انتفع فعليه أقل الأمرين من المسمى، وأجرة المثل.

ولو آجَر الحر نفسه مدة أو[٢] لعمل معلوم وسلّم نفسه، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة، أو مضت مدة يمكن فيها ذلك العمل، ففي استقرار الأجرة خلاف ذكرناه في الغصب، والظاهر الاستقرار[٣].

ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملاً، فسلّم نفسه مدة إمكان ذلك العمل، ولم يستعمله. وسبب الخلاف: أن الحر لا يدخل تحت اليد[٤] على ما قدمناه. وأجرى صاحب «التتمة» الخلاف فيما التزم[٥] الحرّ عملًا في الذمة، وسلم عبده، ليستعمله فلم يستعمله، فوجهه بما يقتضي إثبات الخلاف[٦] في كل إجارة على الذمة. ثم إذا قلنا بعدم الاستقرار، فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم[٧]؛ ليجبره على الاستعمال.

المسألة الثانية: أكرى عيناً مدة، ولم يسلمها حتى انقضت المدة[٨]، انفسخت الإجارة؛ لفوات المعقود عليه. ولو أنه استوفى منفعة المدة، حكى المتولي فيه طريقين:

= المثل» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٩). انظر: «الحاوي» (٩/ ٣١٢)، «التهذيب» (٤/ ٤٥٥).

(١) انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٣٣ - ١٣٤).

(٢) قوله: (أو) سقط من (ط العلمية).

(٣) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٥٥).

(٤) هذه قاعدة فقهية. انظر: «الأشباه والنظائر» (السيوطي) ص١١١.

(٥) في «روضة الطالبين» (٥/ ٢٤٨): «فيما إذا التزم». (م ع).

(٦) من قوله: (فيما التزم) إلى هنا سقط من (ي)، (ز).

(٧) في (ط العلمية): (الحكم).

(٨) هذه المسألة كما لو ندت الدابة وشردت. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٥).

أحدهما: أنه كما لو أتلف البائع المبيع قبل القبض[١].

والثاني: القطع بالانفساخ، فرقاً بأن الواجب هناك بالإتلاف: القيمة، وأنها قابلة للبيع، فجاز أن يتعدى حكم البيع إليها. وهاهنا ما تقدّر وجوبه: أجرة المثل، وأنها لا تقبل الإجارة، فلا يتعدى حكم الإجارة إليها.

ولو أمسكها بعض المدة ثم سلّم، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها. وفي الباقي، الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة[٢]، فللمستأجر الخيار، ولا يبدل[٣] زمان بزمان.

ولو لم تكن المدة مقدرة، واستأجر دابة للركوب إلى بلد، ثم لم[٤] يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، ففيه وجهان:

مختار[٥] الإمام[٦] منهما أن الإجارة تنفسخ، ووجهه: بأن المدة وإن ذكرت فليست معينة، وإنما المطلوب المنفعة فيها، فليكن الاعتبار بمضي زمان إمكان الانتفاع.

وبأن المكتري لو[٧] حبسها هذه المدة، استقرت عليه الأجرة، كما[٨] لو حبسها إلى آخر المدة إذا كانت مذكورة في الإجارة، فإذا سوينا بين نوعي الإجارة في حق المكتري، وجب أن نسوي بينهما في حق المكري.

---

(١) لو تلف المبيع قبل القبض، ينفسخ العقد ويسقط الثمن. انظر ما سلف (٦/ ٢٣٦).

(٢) قوله: (الإجارة) زيادة في (ط العلمية).

(٣) في (ي): (يعدل).

(٤) قوله: (لم) سقط من (هـ).

(٥) كذا في (ز)، وفي غيرها: (يختار).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٠٨).

(٧) قوله: (لو) سقط من (ي)، (هـ)، (ط العلمية).

(٨) من قوله: (لو حبسها) إلى هنا سقط من (ي)، (هـ).

وأظهرهما ـ وبه أجاب الأكثرون ـ: أنها لا تنفسخ؛ لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة دون الزمان، ولم يتعذر استيفاؤها، ويخالف حبس المكتري بأنا لو لم نقرر به الأجرة لضاعت المنفعة على المكري، وعلى هذا، ففي «الوسيط»[١] أن للمكتري[٢] الخيار؛ لتأخر حقه. ورواية الأصحاب تخالف ما رواه، فإنهم قالوا: لا خيار للمكتري، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه.

ولو كانت الإجارة في الذمة، ولم يسلّم ما يستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة[٣]، فلا فسخ ولا انفساخ بحال، فإنه دين تأخر إيفاؤه.

قال:

(الثالث: ما يمنعُ استيفاءَ المنفعةِ شرعاً يُوجِبُ الفَسْخ؛ كما لو سَكَنَ أَلَـمُ السِّنِّ المستأجَرِ على قَلْعِها[٤]، أو عُفِي عمَّن عليه القِصاصُ وقد استؤجِرَ (و) لقَطْعِه).

القسم الثالث: فوات المنفعة شرعاً، وهو كالفوات الحسي[٥] في اقتضاء الانفساخ؛ لأن تعذر الاستيفاء يشملهما، فإذا استأجر لقلع سن وجعة أو قطع يد متآكلة

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٢٠٢ – ٢٠٣).

(٢) في (ز): (المكري).

(٣) من قوله: (ولم يسلّم) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) في (ط العلمية): (قلعه).

(٥) في (ط العلمية): (الحس).

أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف، فالظاهر صحة الإجارة، كما قدمناه[١]، فإذا قلنا به فلو زال الوجع، أو عفا عمن عليه القصاص[٢]، فقد أطلق الأكثرون القول بانفساخ الإجارة، لكن فيه شيئان:

أحدهما: أن المنفعة في هذه الإجارة مضبوطة بالعمل دون المدة، وهو غير مأيوس منه[٣]؛ لاحتمال عود الوجع، فليكن زوال الوجع كغصب العين المستأجرة، حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ.

ولفظ الكتاب حيث قال: (يوجب الفسخ)، ظاهره يوافق ذلك[٤] إلا أنه أراد الانفساخ، على ما صرح به في «الوسيط»[٥].

والثاني: أن الشيخ أبا محمد حكى وجهاً أن الإجارة لا تنفسخ، بل يستعمل الأجير في قلع وتد أو مسمار، ويراعي تداني العملين، وهذا ضعيف.

والقوي ما قيل: أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدل، فإن جوزناه أُجبر[٦] بقلع سن وجعةٍ لغيره.

❊ ❊ ❊

---

(١) كذا في (ز)، وهو الصواب، وفي غيرها: «فالظاهر صحة الإجارة لكن فيه شيئان أحدهما كما قدمناه»، وفيه خلل ظاهر. (م ع).

(٢) من قوله: (في نفس) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (عنه).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (مالكاً).

(٥) «الوسيط» (٤/ ٢٠٣).

(٦) في (ز)، (هـ): (أمر).

قال:

(ولو ماتَ البطنُ الأوَّلُ من أربابِ الوقفِ بعدَ الإجارة، وقبلَ مُضيِّ المُـدّة؛ فالأقيس (و): الانفساخ؛ لأنه تناولَ ما لا[١] يملكُه، ولو آجَرَ الوليُّ الصبيَّ أو دابّتَه مُدّةً تُجاوِزُ البُلوغَ لم يَجُز. فإن قَصُرَت فبلَغَ بالاحتلام على قُرب؛ فالأقيس: أنه لا ينفسخ؛ إذ بُنِيَ العَقدُ له على المَصلَحة.

وإن أُعتِقَ العبدُ المكرى لم تنفسخ (و) الإجارة، ولا خِيارَ (و) للعبد، ولا يرجعُ بالأجرةِ على السيِّدِ في أقيسِ الوجهين. ونفقتُه على بيتِ المالِ في هذه المُـدّة. وقيل: إنها على السيِّدِ).

الفصل يشتمل على ثلاث مسائل:

الأولى[٢]: إجارة الوقف[٣] يُفرض تارة من الموقوف عليه، وأخرى من المتولي، وبيان الحالتين موكول إلى كتاب الوقف.

فإذا آجَر البطنُ الأول من الموقوف عليهم، ثم مـات في أثنـاء المدة: فأحد الوجهين: أن الإجارة تبقى بحالها؛ لأنها لازمة، فلا تتأثر بموت العاقد[٤] كما لو أجّر ملكه. وأصحهما: المنع؛ لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له[٥] عليه، ولا نيابة عنه، فلا يمكنه التصرف في حقه.

---

(١) في (ز): (لم).

(٢) في (ز)، (هـ): (أولها).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٩ - ٤٥٠).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (العائد).

(٥) قوله: (له) سقط من (ز)، (هـ).

وبنوا الوجهين[١] على أن البطن الثاني هل يتلقى الاستحقاق من الأول، أو من الواقف؟ إن قلنا بالأول فالإجارة بحالها، كما لو أجّر ملكه ومات في المدة. وإن قلنا بالثاني، فلا.

ثم عبارة المعظم في المسألة: الانفساخ وعدمه، فقالوا في وجهٍ: تنفسخ الإجارة، وفي الثاني: لا تنفسخ. ولم يستحسنها الصيدلاني والإمام[٢] وطائفة؛ لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد. وردُّوا الخلاف إلى أنّا هل نتبيَّن[٣] البطلان؛ لأنا تبيَّنا[٤] أنه تصرف فيما لا[٥] يملكه؟

وإذا حكمنا ببقاء الإجارة، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني، فإن أتلفها الأول، فهي دين في تركته، وليس هذا كما إذا أجّر ملكه، ومات في المدة، حيث تكون جميع الأجرة[٦] تركة[٧]، تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه. وفرقوا بأن التصرف هناك ورد على خالص حقه، والباقي له بعد الإجارة رقبة مسلوبة المنفعة في تلك المدة، فينتقل إلى الوارث كذلك.

وإن قلنا: إنها لا تبقى، فهل تبطل فيما مضى؟ قال ابن الصباغ: يبنى على الخلاف في تفريق الصفقة، إن قلنا: لا نفرِّق، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى.

---

(١) في (ط العلمية): (وسواء الوجهان).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١١٦).

(٣) في (ط العلمية): (نبين).

(٤) في (ي): (بيناه)، وفي (ز): (نتبين).

(٥) كذا في (هـ)، وفي غيرها: (لم).

(٦) من قوله: (تكون للبطن) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) كذا في (ز)، وفي (هـ): (تركته)، وفي (ي)، (ط العلمية): (تركة له).

وأما إذا آجَر الوقف المتولي، فموته لا يؤثر في الإجارة؛ لأنه ناظر للكل، ولا يختص تصرفه ببعض الموقوف عليهم.

وحكى القاضي الروياني وجهاً آخر: أنها تبطل، وهو[١] كالخلاف فيما إذا أجّر الولي الصبي فبلغ في المدة بالاحتلام.

المسألة[٢] الثانية[٣]: للولي إجارة الطفل وماله، أباً كان أو وصيّاً أو قيّماً، إذا رأى المصلحة فيها. لكن لا[٤] تجاوز مدة بلوغه بالسن[٥].

فلو أجّره مدة يبلغ[٦] في أثنائها، بأن كان ابن تسع فأجّره عشر[٧] سنين، فطريقان:

قال الأكثرون[٨]: يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لا يزيد قولا تفريق الصفقة.

وقطع بعضهم بالبطلان، كما إذا آجَر الراهن المرهون مدة يحل الدين قبل انقضائها. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[٩].

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (فهو).

(٢) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (الثالثة).

(٤) قوله: (لا) سقط من (ي).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٠).

(٦) في (هـ)، (ط العلمية): (فبلغ).

(٧) في (هـ): (تسع).

(٨) في (ي)، (ز)، (هـ): (أكثرهم).

انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٢)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٢٥).

(٩) «التهذيب» (٤/ ٤٤٠). وكذا اختاره ابن الصباغ، انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٠).

ويجوز أن يؤجر مدة لا يبلغ فيها بالسن، وإن احتمل أن يبلغ فيها بالاحتلام؛ لأن الأصل دوام الصبا.

فلو اتفق الاحتلام في أثنائها، فوجهان:

أظهرهما ـ على ما ذكره الشيخ أبو إسحاق الشيرازي[١] والقاضي الروياني في «الحلية»: أن الإجارة تبقى؛ لأنه[٢] كان ولياً حين تصرف، وقد بنى تصرفه على المصلحة فيلزم.

والثاني: لا يبقى؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنه زاد على مدة ولايته. وهذا أصح عند الإمام[٣] والمتولي.

ثم التعبير عن محلّ الخلاف بالانفساخ أو تبيّن البطلان، كما ذكرنا في حكم[٤] المسألة. وإذا قلنا: لا تبقى الإجارة، فيجيء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة. فإن قلنا: تبقى، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، كما لو زوج ابنته ثم بلغت، لا خيار لها.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه[٥] ـ: يثبت؛ لأن التصرف كان لمصلحته،

---

(١) «المهذب» (١٥/ ٨٨). وكذا قطع به الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٢٢٢).

(٢) في (هـ): (لأن الولي).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١١٧).

(٤) في (ز)، (هـ): (تلك).

(٥) هذا عند الحنفية، لأن في استيفاء العقد، إضراراً به، لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس. ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداءً، فكان له خيار الفسخ والإجارة. انظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٨).

وهو أعرف بمصلحته[1] بعد البلوغ[2]، ويخالف النكاح، فإنه معقود للدوام.

ولو آجَر الولي مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو في معنى البلوغ بالاحتلام.

المسألة[3] الثالثة: إذا أكرى عبداً، ثم أعتقه، نفذ؛ لأن إعتاق المغصوب والآبق نافذ، فهذا أولى.

وهل تنفسخ الإجارة؟

الصحيح[4] ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنها لا تنفسخ؛ لأن السيد أزال ملكه عن المنافع مدة الإجارة قبل العتق، فالإعتاق يتناول ما بقي ملكاً له. وأيضاً فإنه آجَر ملكه ثم طرأ ما يزيل الملك، فأشبه ما إذا آجَر ثم مات.

وعن صاحب «التقريب» وجه آخر: أنها تنفسخ، كما إذا مات البطن الأول. وإذا قلنا بالصحيح، فهل له الخيار إذا أُعتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو أعتقت الأمة تحت الزوج الرقيق.

وأصحهما: لا؛ لأنه تصرف لنفسه في خالص ملكه، فلا وجه للاعتراض عليه، وهذا هو المذكور في الكتاب[5]. وعلى هذا، ففي رجوعه على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة

---

(١) قوله: (وهو أعرف بمصلحته) سقط من (ز).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (عند).

(٣) قوله: (المسألة) سقط من (ز).

(٤) وقطع به الشيرازي والماوردي والبغوي والقفال الشاشي. انظر: «المهذب» (١٥/ ٨٥)، «الحاوي» (٩/ ٢٢٣)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٧)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٢٤).

(٥) وكذا قال في «الوسيط» (٤/ ٢٠٥).

بعد العتق وجهان في رواية بعضهم[١]، وقولان في رواية آخرين[٢]:

أحدهما: يرجع[٣]؛ لأن المنافع تستوفى منه بسبب من جهة السيد قهراً، فصار كما لو أكرهه على العمل.

وأصحهما ـ وهو الجديد في رواية من جعلهما قولين ـ: أنه لا يرجع؛ لأنه تصرف في منافعه حين كانت مستحقة له بعقد لازم، فصار كما لو زوّج أَمَته[٤]، واستقرّ مهرها بالدخول، ثم أعتقها، لا يرجع بشيء، لما يستوفيه الزوج بعد العتق.

فإن قلنا: يرجع، فنفقته في تلك المدة على نفسه؛ لأنه مالك لمنفعته[٥]. وإن قلنا: لا يرجع، فوجهان:

أحدهما: أنها على السيد؛ لإدامته الحبس عليه، ولأنه كالباقي على ملكه من حيث إن منافعه له.

وأشبههما: أنها في بيت المال؛ لأن السيد قد زال ملكه عنه، وهو عاجز عن[٦] تعهد نفسه.

وإذا ظهر بالعبد عيب بعد العتق، وفسخ المستأجر الإجارة، فالمنافع للعتيق، إن قلنا برجوعه على السيد بأجرة المثل، وإلا فهو له أو للسيد؟ فيه وجهان.

---

(١) كذا قال الغزالي والبغوي. «الوسيط» (٤/ ٢٠٥)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٧).

(٢) كذا قال الشيرازي والقفال الشاشي. «المهذب» (١٥/ ٨٥)، «حلية العلماء» (٥/ ٤٢٤).

(٣) قوله: (أحدهما: يرجع) سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (ابنته).

(٥) «كما لو أجّر نفسه بعد العتق» «المهذب» (١٥/ ٨٥).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (على).

ولو آجَر عبده ومات، وأعتقه الوارث في المدة، ففي انفساخ الإجارة ما سبق من[1] الخلاف.

لكن إذا قلنا بعدم الانفساخ، فلا خلاف هاهنا في أنه لا يرجع على المعتق هاهنا[2] بشيء.

ولو آجَر أم ولده ومات في المدة، عتقت. وفي بطلان الإجارة، الخلاف المذكور[3] فيما إذا آجَر البطن الأول ومات.

وكذا الحكم في إجارة المعلق عتقه بصفة[4]، قال في «التهذيب»[5]: وإنما تجوز إجارته مدة لا تتحقق وجود الصفة فيها، فإن تحقق فهو كإجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها[6].

وكتابة العبد المكرى[7]: جائزة عند ابن القطان. وغير جائزة عند القاضي ابن كج[8]؛ لأنه لا يمكنه التصرف لنفسه. فإن جوزناه، عاد الخلاف في الخيار، وفي الرجوع على السيد.

---

(١) (من): في (ز)، وفي غيرها: (منه).

(٢) قوله: (هاهنا) سقط من (ز).

(٣) قطع الماوردي بالانفساخ، لأن «أم الولد معقود عليها في حق السيد، فزال العقد بزوال ملك عاقده» «الحاوي» (٩/ ٢٢٣).

(٤) في (ي): (على صفة).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).

(٦) قال النووي: «هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها بخلاف مسألة الصبي» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٢).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (المأذون).

(٨) قال النووي: «قلت: الثاني أقوى» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٢).

وقوله في الكتاب في المسألة الأولى: (فالأقيس: الانفساخ)، وفي المسألة الثانية: (فالأقيس: أنه لا ينفسخ).

وجه افتراقهما في القياس: أن البطن الأول لا يلي أمر الثاني، وإنما هو متصرف لنفسه، فإذا جاوز حقه، فالقياس البطلان.

وفيما إذا بلغ الصبي بالاحتلام، فالولي عاقد للصبي مراعٍ لمصلحته، فالقياس إمضاء تصرفه، كما إذا أجّر المتولي.

وفي لفظة (الانفساخ)، في المسألتين، مناقشة ذكرناها.

وأما في مسألة إعتاق العبد المكرى، فلا مناقشة فيها.

قال:

(ولو باعَ الدارَ المستأجَرةَ مِن المستأجِرِ صحّ، ولم تنفسخ الإجارةُ على الأصحّ (و)، فيستوفي المنفعةَ بحُكم الإجارة. وكذلك يصحُّ للمستأجِرِ إجارةُ الدارِ مِن المالكِ كما يصحُّ مِن الأجنبيّ. وقيل: إنّ الإجارةَ والمِلكَ لا يجتمعان؛ كالنكاح والمِلْك.

ولو باعَ الدارَ مِن غيرِ المستأجِرِ صحّ (و) البيعُ في أقيسِ الوجهينِ[١] واستمرَّت الإجارةُ إلى آخرِ المُدّةِ، وفي استثناءِ المنفعةِ عن بيعِ الرَّقَبةِ شرطاً خلافٌ (و) مأخوذٌ من جوازِ بيعِ المستأجَر).

إذا باع العين المستأجرة، فإما أن يبيعها من المستأجر أو من غيره.

---

(١) في (ز)، (هـ): (القولين).

القسم الأول: البيع من المستأجر، وهو صحيح[١]؛ لأن الملك في الرقبة خالص حقه[٢]، وعقد الإجارة إنما ورد على المنفعة، فلا يمنع من بيع الرقبة، كما أن تزويج الأَمَة لا يمنع من بيعها. ثم في الإجارة وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن الحداد ـ: أنها تنفسخ؛ لأنه إذا ملك الرقبة، حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة، وإذا كانت المنافع مملوكة له، لم يبق عقد الإجارة عليها، كما أنه لو كان مالكاً في الابتداء، لم يصح منه الاستئجار[٣]، وهذا كالنكاح فإنه كما لا يجوز أن يتزوج أمته كذلك لو اشترى زوجته ينفسخ النكاح[٤]، ويعبر عن هذا الوجه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان.

وأصحهما: أنها لا تنفسخ[٥]؛ لأنه ملك المنافع أولًا ملكاً مستقراً فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة، وإن[٦] كانت المنافع تتبعها لولا[٧] الملك الأول، كما أنه[٨] إذا ملك ثمرة غير مؤبرة[٩]، ثم اشترى الشجرة لا يبطل ملك الثمرة، وإن كانت[١٠] تدخل في الشراء، لو لم يملكها أولاً.

---

(١) لأنه في يده لا حائل دونه، فصح البيع منه. كما لو باع المغصوب من الغاصب والمرهون من المرتهن. انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٢)، «المهذب» (١٥/ ٨٧ – ٨٨).

(٢) في (ي)، (ز)، (هـ): (له).

(٣) في (ز): (النكاح).

(٤) في (ز): (الاستئجار).

(٥) وقطع به: الماوردي في «الحاوي» (٩/ ٢٢٢)، والشيرازي في «المهذب» (٥/ ٨٨).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (فإن).

(٧) في (ط العلمية): (يتبعها أولًا).

(٨) قوله: (أنه) سقط من (ز)، وفي (هـ): (كما لو ملك).

(٩) في (ط العلمية): (مؤثرة).

(١٠) في (ط العلمية): (كانت المنافع).

وفرقوا بين النكاح وما نحن فيه[١]، بأن ملك الرقبة في النكاح يغلب ملك المنفعة، ألا ترى أن سيد الأمَة إذا زوجها لا يجب عليه[٢] تسليمها وإن قبض الصداق، وفي الإجارة ملك المنفعة يغلب ملك الرقبة، فإن المؤجر إذا قبض الأجرة يجب عليه تسليم العين، وأيضاً فإن المؤجِّر لم يكن مالكاً للمنفعة حين باع، فلا تصير تلك[٣] المنافع ملكاً للمشتري بالشراء، والسيد مالك لمنفعة بضع الأمة المزوجة، ألا ترى أنها لو وطئت بالشبهة، يكون المهر له لا للزوج؟ فإذا باع بيع[٤] منافع البضع المملوكة له رقبتها، وملكها الزوج بالشراء، فانفسخ النكاح.

فإن قلنا: بالانفساخ، فهل يرجع المستأجِر على المُؤجِر بأجرة بقية المدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا[٥]، وبه قال ابن الحداد؛ لأن المنافع قائمة في يده، وأيضاً فإنه لو اشترى زوجته لا يسقط المهر.

وأصحهما[٦]: أنه يرجع[٧]؛ لأن الأجرة إنما تستقر بسلامة المنفعة للمستأجر على موجب الإجارة، فإذا انفسخت الإجارة، سقطت الأجرة كسائر أسباب الانفساخ، ويخالف المهر، فإن استقراره لا يتوقف على سلامة المنفعة للزوج، بدليل ما إذا ماتت.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).
(٢) في (ي): (كان عليه).
(٣) قوله: (تلك) سقط من (ز)، (هـ).
(٤) في (ي)، (ط العلمية): (تقع).
(٥) قوله: (لا) سقط من (هـ).
(٦) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).
(٧) في (ز): (لا يرجع).

ولو فسخ المستأجر البيع بعيب، لم يكن له الإمساك بحكم الإجارة؛ لأنها قد انفسخت بالشراء.

ولو تلفت العين، لم يرجع على البائع بشيء؛ لأن الإجارة غير باقية عند التلف حتى تتأثر به. وعلى الوجه الثاني ـ وهو أن الإجارة لا تنفسخ بالشراء[(١)] ـ، ففي صورة فسخ البيع بالعيب، له الإمساك بحكم الإجارة، ولو فسخ عقد الإجارة، رجع على البائع بأجرة بقية المدة، وفي صورة التلف تنفسخ الإجارة بالتلف، وحكمه ما سبق[(٢)]، ويتخرج[(٣)] على الخلاف في أن الإجارة والملك، هل يجتمعان؟

مسائل:

منها: إذا أوصى لزيد برقبة دار، ولعمرو بمنفعتها[(٤)]، فأجرها عمرو من زيد، ففي صحة الإجارة الوجهان.

ومنها: لو مات المستأجر، وورثه[(٥)] المؤجِر، ففي انفساخ الإجارة الوجهان[(٦)].

ومنها: لو آجَر المستأجر[(٧)] العين المستأجرة من المالك:

فأحد الوجهين: المنع ـ ويحكى عن ابن سريج ـ؛ لاجتماع الإجارة والملك. وأيضاً: فإن المكري مطالب[(٨)] بالتسليم مدة الإجارة، فإذا اكترى ما أكرى، كان مُطَالِباً

---

(١) من قوله: (ولو تلفت) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).

(٣) في (ط العلمية): (وتتخرج)، وفي (هـ): (ويخرج).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (لمنفعتها).

(٥) في (هـ): (ووارثه).

(٦) من قوله: (لو مات) إلى هنا سقط من (ي).

(٧) قوله: (المستأجر) سقط من (ط العلمية)، وفي (ز): (استأجر المستأجر).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (يطالب).

ومُطَالَباً في عقد واحد، وذلك لا يحتمل إلا في حقّ الأب والجدّ في مال الصغير.

وأصحهما ـ وهو المنصوص ـ: الجواز[١]، كما يجوز أن يشتري شيئاً، ثم يبيعه من بائعه[٢]. وبهذا الوجه أجاب ابن الحداد في هذه المسألة، وعُدّ ذلك من مناقضاته؛ لأنه حكم بانفساخ الإجارة إذا اشترى المستأجر ما استأجره؛ لامتناع اجتماع[٣] الملك والإجارة، وإنه لازم هاهنا، ولا فرق بين أن يكتري[٤] ثم يملك، وبين أن يملك ثم يكتري.

قال الشيخ أبو علي: فإن قال مَنْ نصره: الاستئجار السابق لم يمنع صحة الشراء اللاحق، كذلك الملك السابق وجب ألا يمنع صحة الاستئجار اللاحق، لكن تنفسخ الإجارة إذا حصل الاجتماع، كما انفسخت هناك.

فالجواب: أن ما ينفسخ إذا كان سابقاً، وجب ألا يصح إذا طرأ على ما لا ينقطع، ألا ترى أن النكاح لمّا انفسخ إذا كان سابقاً لم يصح إذا طرأ على الملك؟

ومنها: إذا[٥] آجَر داراً من ابنه ومات الأب في المدة، ولا وارث له سوى الابن المستأجر، وعليه ديون مستغرقة، فيبنى أولاً على الخلاف في أن الوارث هل يملك التركة وهناك دين مستغرق؟ إن قلنا: لا يملك، بقيت الإجارة بحالها. وإن قلنا: يملك، وهو ظاهر المذهب:

فعلى أظهر الوجهين: لا تنفسخ الإجارة.

---

(١) قال الماوردي: «وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب الرهن». «الحاوي» (٩/ ٢٢٨).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٤٠)، «المهذب» (١٥/ ٥٨).

(٣) في (هـ): (لاجتماع).

(٤) في (ي): (يكري).

(٥) قوله: (إذا) سقط من (ز)، (هـ).

وعلى الثاني ـ الذي ذهب[1] إليه ابن الحداد ـ: تنفسخ[2]؛ لأن الملك طرأ على الإجارة، كما لو طرأ بطريق الشراء. وادعى القاضي الروياني أن هذا ظاهر المذهب.

وإذا انفسخت الإجارة، قال ابن الحداد: الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة مع الغرماء، وهو[3] خلاف قوله في الشراء أنه لا يرجع، فمنهم من تكلّف له فرقين:

أحدهما: أن الانفساخ في صورة الشراء حصل باختيار المستأجر، وفي الميراث لا صنع للمستأجر فلا يسقط حقه.

والثاني: أن هناك الإجارة وإن انفسخت فلا تخرج المنافع[4] من يده، وهاهنا يخرج؛ لأن الدار تُباع في الديون.

وهما ضعيفان عند المعتبرين؛ أما الأول: فلأنه لا فرق في سقوط الأجرة بين أن تفوت المنافع ويحصل الانفساخ بفعله أو لا بفعله[5]، ألا ترى أن هدم المستأجر الدار كانهدامها. وأما الثاني: فلأن بقاء المنافع هناك ليس من مقتضى الإجارة، بل لأنها مملوكة بالبيع، والتملك بغير جهة الإجارة لا يقتضي استقرار عوض الإجارة، وهذا كما لو تقايلا البيع، ثم وهب البائع المبيع من المشتري، لا يستقر عليه الثمن.

ولو مات الأب المؤجِر عن ابنين، أحدهما المستأجر:

فعلى أظهر الوجهين: لا تنفسخ الإجارة في شيء من الدار، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة، ورقبتها بينهما بالإرث.

---

(١) قوله: (ذهب) سقط من (ط العلمية).

(٢) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٢٢٢).

(٣) في (ز)، (هـ): (وهذا).

(٤) في (ط العلمية): (يخرج البائع).

(٥) قوله: (أو لا بفعله) سقط من (هـ).

وقال ابن الحداد[١]: تنفسخ الإجارة في النصف الذي يملكه المستأجر، وله الرجوع بنصف أجرة ما انفسخ العقد فيه؛ لأن[٢] قضية الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة، لكنه خلف ابنين، والتركة في أيديهما، والدين الذي يلحقها يتوزع[٣]، فيخص الراجع الربع، ويرجع بالربع على أخيه، فإن لم يترك الميت[٤] شيئاً سوى الدار، بيع من نصيب الأخ المرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع. وهذا مستبعد عند الأئمة؛ لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافعه، وأخوه ورث[٥] نصيبه[٦] مسلوب المنفعة.

ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلي ثمنها، فإذا رجع على الأخ بربع الأجرة، احتاج إلى بيع[٧] جميع نصيبه، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه، وبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت.

قال الشيخ أبو علي: ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر، ولا دين عليه، فلا فائدة في الانفساخ[٨] ولا أثر له؛ لأن الكل له، سواء أخذ بالإرث، أو مدة الإجارة بالإجارة وبعدها بالإرث، وسواء أخذ بالدين أو بالإرث.

---

(١) ورجح قوله القاضي أبو الطيب. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٤٣٠)، وكذا قال بقوله الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٢٢٢).

(٢) في (ط العلمية): (لأنه).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (يُوزّع).

(٤) قوله: (الميت) سقط من (ي).

(٥) في (هـ): (يثبت).

(٦) قوله: (بمنافعه وأخوه ورث نصيبه) سقط من (ز).

(٧) قوله: (بيع) سقط من (ط العلمية).

(٨) وقال الماوردي: «سقط حكم الإجارة، لأنه صار مالكاً للدار والمنفعة إرثاً، فامتنع بقاء عقده على المنفعة، كما لو تزوج أمته ثم ورثها بطل نكاحها». «الحاوي» (٩/ ٢٢٢).

ومما يلتحق بصور الفصل: ما لو آجَر البطنُ الأول[١] الوقف من البطن الثاني، ومات المؤجر في المدة[٢]: فإن قلنا: لو آجَر من الأجنبي، ارتفعت الإجارة فهاهنا أولى، وإلا فوجهان[٣] من جهة أنه طرأ الاستحقاق في دوام الإجارة، فأشبه ما إذا طرأ الملك.

قال الإمام[٤]: وهذه الصورة أولى بارتفاع الإجارة؛ لأن المالك يستحق المنفعة تبعاً للرقبة، والموقوف عليه يستحقها مقصوداً لا بالتبعية. وليكن هذا الترتيب[٥] مبنياً على أن الموقوف عليه لا يملك الرقبة. أما[٦] إذا قلنا: إنه[٧] يملكها، فيمكن أن يقال: هو كالمالك في استحقاق المنفعة، تبعاً للرقبة.

وقوله في الكتاب: (وقيل إن الإجارة والملك لا يجتمعان) يصح ردّه إلى الصورتين المذكورتين قبله، يعني[٨]: فتنفسخ الإجارة، إذا باع المستَأجَر من المستأجِر[٩]، ولا تصح إذا آجَر المستأجر ما استأجره من المالك[١٠].

القسم الثاني: البيع من غير المستأجِر، وفيه قولان[١١]:

---

(١) قوله: (الأول) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (في المدة) سقط من (ي).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٠).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ١٢٠).

(٥) قوله: (وليكن هذا الترتيب) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (أما) سقط من (هـ).

(٧) قوله: (إنه) سقط من (هـ).

(٨) قوله: (يعني) سقط من (ي).

(٩) أي باع المالك المنزل المستأجَر من المستأجِر.

(١٠) كذا في (ز)، وفي غيرها خلل.

(١١) أطلقهما في «المهذب» (٩/ ٨٧).

أصحهما ـ عند الأكثرين ـ: أنه صحيح[١]، وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣] رحمهما الله؛ لأن الإجارة إنما ترد على المنفعة، فلا تمنع بيع الرقبة كالتزويج.

وأصحهما ـ عند الشيخ أبي علي ـ: بطلانه، كبيع المرهون من غير المرتهن؛ لأن يد المستأجر حائلة، وهما جاريان، أذن المستأجرُ أو لم يأذن. قاله في «التتمة».

وعند أبي حنيفة[٤]: ينعقد البيع، موقوفاً على إجازة المستأجر، فإن أجازه نفذ، وبطلت الإجارة، وإن ردّ بطل.

وإذا قلنا[٥] بالصحة، لم تنفسخ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة. ويُترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة.

وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً، وإن كان عالماً فلا فسخ له[٦]، ولا أجرة لتلك المدة[٧]، وكذا لو كان جاهلًا وأجاز. ـ ذكره في «التهذيب»[٨] ـ، ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع إذا باع أرضاً مزروعة.

---

(١) كذا صححه الماوردي، والبغوي وقال: «نص عليه في كتاب الصلح». «الحاوي» (٩/ ٢٢٢)، «التهذيب» (٤/ ٤٣٩).

(٢) يجوز عند المالكية بيعها من المستأجر وغيره، وذلك لأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر، لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء مدة الإجارة. وللمؤجر جميع الأجرة، وإن كان المشتري جاهلاً بالإجارة ثبت له الخيار. انظر: «مواهب الجليل» (٥/ ٤٠٨).

(٣) انظر: «الكافي» (٢/ ٣١٨).

(٤) انظر: «المبسوط» (١٦/ ٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ١١٤).

(٥) قوله: (قلنا) سقط من (ي).

(٦) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٢).

(٨) «التهذيب» (٤/ ٤٣٨ - ٤٣٩).

ولو وجد المستأجر به عيباً وفسخ[١] الإجارة، أو عرض ما تنفسخ به الإجارة، فمنفعة بقية المدة لمن تكون؟ فيه وجهان[٢]:

أحدهما ـ وهو جواب ابن الحداد ـ: للمشتري؛ لأن الشراء يقتضي استحقاق[٣] الرقبة والمنفعة جميعاً، إلا أن الإجارة السابقة كانت تمنع منه، فإذا انفسخت خلص[٤] المال له بحق الشراء، وهذا كما إذا اشترى جارية مزوجة، وطلقها زوجها، تكون منفعة البضع للمشتري، وليس للبائع الاستمتاع بها، ولا تزويجها من الزوج المطلق.

والثاني ـ وبه قال أبو زيد ـ: للبائع؛ لأنه لم[٥] يملك المشتري منافع تلك المدة.

وبنى أبو سعيد المتولي الوجهين على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول فهو للمشتري، وكأن الإجارة لم تكن. وإن قلنا[٦] من حينه، فللبائع؛ لأنه لم[٧] يوجد عند الرد ما يوجب الحقّ للمشتري.

قال: ولو تقايلا الإجارة، فإن جعلنا الإقالة عقداً فهي للبائع. وإن جعلناها فسخاً[٨]، فكذلك على الصحيح؛ لأنها ترفع العقد من حينها لا محالة.

وإذا حصل الانفساخ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع. قال القاضي ابن كج: ويحتمل أن يقال: يرجع على المشتري.

---

(١) في (ط العلمية): (أو فسخ)، وفي غيرها: (وفسخ).
(٢) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٤٣٩).
(٣) في (ز)، (هـ): (استحقاقه).
(٤) في (هـ): (حصل).
(٥) قوله: (لم) سقط من (هـ).
(٦) في (ز): (قلنا)، وفي غيرها: (كان).
(٧) في (ي)، (ط العلمية): (لا).
(٨) قوله: (فسخاً) سقط من (هـ).

وليكن هذا مفرعاً على أن المنفعة تكون للمشتري؛ لأنه رضي بالمبيع ناقص المنفعة، فإذا حصلت له المنفعة، جاز أن يؤخذ منه بدلها.

والقولان في بيع المستأجر يجريان في هبته[١]، وتجوز الوصية به.

ولو باع عيناً، واستثنى لنفسه منفعتها شهراً أو سنة، ففيه طريقان:

أحدهما ـ ويحكى عن ابن سريج ـ: أنه على القولين في بيع الدار المستأجرة؛ لأنه إذا جاز ألا تكون المنافع للمشتري مدة بل يكون للمستأجر، كذلك جاز أن تكون للبائع، ويدل على الجواز «أن جابراً رضي الله عنه باع في بعض الأسفار بعيراً من رسول الله ﷺ على أن يكون له ظهره إلى المدينة»[٢].

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن إطلاق البيع يقتضي دخول المنافع التي تملّكها البائع في العقد، والاستثناء غيّر مقتضاه فيمنع منه، وفي بيع المستأجر ليست المنافع مملوكة للبائع، وأيضاً فإن استثناء المنفعة اشتراط الامتناع[٣] من التسليم الذي هو مقتضى العقد، فلا يمكن أن يقدّر[٤] كون البائع نائباً عن المشتري في اليد والقبض.

لكن يجوز أن تقام يد المستأجر مقام يد المشتري، ويقال: إنه يمسك[٥] المال لنفسه بالإجارة، وللمالك بملك[٦] الرقبة.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٣٨).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز (٥/ ٣١٤) (٢٧١٨). ومسلم، كتاب البيوع، باب بيع البعير واستثناء ركوبه (١١/ ٣٠ - ٣١).

(٣) في (ز)، (هـ): (للامتناع).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (يقدّم).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (يملك)، وفي (هـ): (تمليك).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (ملك).

والأظهر: المنع، سواء ثبت الخلاف أم لا.

ويجوز أن يعلم لفظ (الخلاف) في الكتاب بالواو؛ للطريقة الأخرى.

وقوله: (مأخوذ من جواز بيع المستأجر)، صريح في أن الخلاف في جواز الاستثناء مبني على الخلاف في صحة بيع المستأجر، وكذلك ذكره المعظم.

وزاد القاضي أبو الطيب في «شرح الفروع» فقال: تجويز الاستثناء مبني على الوجه الذي يقول: إن المنفعة عند الفسخ تعود إلى البائع. وعكس الإمام[١]، فقال: الخلاف في جواز بيع المستأجر مأخوذ من جواز[٢] الاستثناء. وكأنه أراد نزوع المسألتين إلى أصل واحد، وإلا فالظاهر الأول. وبالله التوفيق.

وكما افتتحنا كتاب الإجارة[٣] بمقدمات، فإنا نختتمها[٤] بمؤخرات:

إحداها: في مسائل هي من شرط الباب الأول:

لو قال: «ألزمت ذمتك نسج ثوبٍ صفته كذا، على أن تنسجه بنفسك»، لم يصح؛ لأن في هذا التعيين غرراً فإنه ربما يموت، ولهذا لم يجز تعيين ما يؤدي منه المسلم فيه.

ويجوز أن يستأجر الأرض بما يستأجر به العبد والثوب، ولا فرق بين الطعام وما ينبت في الأرض إذا عيّن أو وصف[٥]، وبين غيرهما. وعن مالك[٦]: أنه لا يجوز

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٩٣-٩٤).

(٢) قوله: (جواز) سقط من (هـ).

(٣) في (ي): (الكتاب).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (نختتم كتاب الإجارة).

(٥) قال الشافعي: «ويجوز كراء الأرض بالذهب والورق والعرض وما نبت من الأرض أو على صفةٍ تُسمّيهِ، كما يجوز كراء المنازل وإجارة العبيد» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٨). انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩١).

(٦) انظر: «المدونة الكبرى» (٣/ ٤٦٨)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٥/ ٤٠٢).

استئجار الأرض بالطعام وإن لم يكن مما ينبت من الأرض كاللحم والعسل، ولا بما ينبت من الأرض وإن لم يكن طعاماً كالقطن.

وإذا استأجر دابة ليركبها إلى بلدة كذا بعشرة دنانير، فالواجب نقد بلد العقد[١].

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه[٢]: أن الواجب نقد البلد المقصود.

ولو[٣] كانت الإجارة فاسدة، فالاعتبار في أجرة المثل بموضع إتلاف المنفعة، نقداً ووزناً[٤].

ويجوز إجارة المصحف والكتب لمطالعتها والقراءة فيها، خلافاً لأبي حنيفة[٥].

ولا يجوز أن يستأجر بركة ليأخذ منها السمك[٦]، فإنه كاستئجار الأشجار للثمار. ولو استأجرها ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك جاز. وفيه وجه آخر[٧] أيضاً.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٥).

(٢) لم أقف على قول أبي حنيفة، والذي في كتب الأحناف الواجب نقد بلد العقد. انظر «البحر الرائق» (٨/ ٦). وقال السرخسي: «وإن تكارى دابة من الكوفة إلى مكان معلوم من فارس بدراهم أو دنانير، فعليه نقد الكوفة ووزنها، لأن السبب الموجب للأجر هو العقد، وإن تأخر الوجوب إلى استيفاء المعقود عليه، والعقد كان بالكوفة، فينصرف مطلق التسمية إلى وزن الكوفة ونقدها». «المبسوط» (١٥/ ١٨١).

(٣) في (ط العلمية): (فلو).

(٤) في (هـ)، (ط العلمية): (أو وزناً).

(٥) وهذا عند الحنفية، لأن المعقود عليه فعل القارىء، وكذا النظر في الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فعله أيضاً، فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعله، كما أن القراءة من المصحف والنظر فيه طاعة. انظر: «المبسوط» (١٦/ ٣٦).

(٦) قال القفال الشاشي: «قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز تغسيل بركة الحيتان، يريد استئجارها لأخذ الحيتان منها» «حلية العلماء» (٥/ ٣٨٦).

(٧) قوله: (آخر) سقط من (ز)، (هـ).

ويصح من المستأجر إجارة ما استأجره بعد القبض، سواء أجّر بمثل ما استأجر أو أقل أو أكثر[١].

وعند أبي حنيفة[٢]: إن أجّره بأكثر مما استأجر، لم يطب له الربح، وسبيله أن يتصدق به، إلا أن يحدث فيه عمارة، فيقع ذلك في مقابلة الربح.

لنا: القياس على ما إذا باع[٣] بأكثر مما اشتراه، يطيب له الربح.

وفي إجارته قبل القبض وجهان:

عن ابن سريج: تجويزه؛ لأن القبض لا يوجب دخول المنافع في ضمانه، فلا معنى لتوقف[٤] العقد عليه.

والأظهر: المنع، وعلى هذا، ففي إجارته من المؤجر وجهان[٥]، كما في البيع من البائع[٦].

والمستعار لا يؤاجر. فإن استعاره ليؤجره، جاز في وجهٍ ـ حكاه القاضي ابن كج ـ، كما لو استعاره ليرهنه[٧].

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٨).

(٢) هذا عند الحنفية إن كانت الأجرة الثانية من جنس الأجرة الأولى، أما لو كانت من خلاف جنس الأولى طابت له الزيادة، لأن الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر إلا بالتقوم، والعقد لا يوجب ذلك. فأما عند اتحاد الجنس، يعود إليه ما غرم فيه بعينه. وعليه أن يتصدق بالفضل، لأنه حصل له بكسب خبيث، بمنزلة المستعير إذا أجّر. انظر: «المبسوط» (١٥/ ١٣٠ - ١٣١)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٦).

(٣) قوله: (باع) سقط من (ي).

(٤) كذا في (ز)، (هـ)، وفي (ي)، (ط العلمية): (لتوقيف).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٢٨).

(٦) قال النووي: «قلت: الأصح صحة إجارته للمؤجر». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٦).

(٧) لو استعار شيئاً ليرهنه، جاز على المذهب. والأصح أن سبيله سبيل الضمان. انظر ما سلف (٦/ ٥٢٧).

ولو آجَر متولي المسجد حانوته الخراب، بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته، لم تصح الإجارة؛ لأنه عند الإجارة غير منتفع به.

ولا يجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطيلها ـ بسبب العمارة ونحوها ـ محسوبة على المكتري؛ لأنه تمكين من الانتفاع في بعض المدة دون بعض. ولا يشترط أن تكون محسوبة على المكري[١]، لا بمعنى انحصار الإجارة في الباقي؛ لأن المدة تصير مجهولة، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة؛ لأن نهاية المدة تصير[٢] مجهولة[٣].

ولو استأجره ليبيع له[٤] شيئاً معيناً، جاز؛ لأن الظاهر أنه يظفر براغب، ولو استأجره[٥] لشراء شيء[٦] معين لا يجوز[٧]؛ لأن رغبة مالكه في البيع غير معلومة ولا ظاهرة. ولشراء شيء موصوف يجوز، ولبيع شيء من معين لا يجوز.

ولو استأجره[٨] للخروج إلى بلد السلطان، والتظلم للمستأجر وعرض حالِهِ في المظالم، ففي «فتاوى القفال»: أنه يستأجره مدة كذا، ليخرج إلى موضع كذا، ويذكر حاله في المظالم، ويسعى في أمره عند مَنْ يحتاج إليه، فتصح الإجارة؛ لأن المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة، كما لو استأجره يوماً ليخاصم عنه[٩] غرماءه، جاز.

---

(١) في (هـ): (المكتري).

(٢) قوله: (تصير) سقط من (هـ).

(٣) من قوله: (ولا بمعنى) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) قوله: (له) سقط من (ي).

(٥) قوله: (ولو استأجره) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (ولو استأجره لشيء).

(٧) وهو قول الشيخ أبي نصر. «حلية العلماء» (٥/ ٤٢٧).

(٨) قوله: (لو استأجره) سقط من (ز)، (هـ).

(٩) قوله: (عنه) سقط من (هـ)، (ط العلمية).

قال: ولو بدا[١] للمستأجر، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك. وحكى القاضي ابن كجّ عن نصّ الشافعي رضي الله عنه: أنه لا تجوز إجارة[٢] الأرض حتى تُرى[٣] لا حائل دونها من زرع وغيره[٤]. وفي هذا تصريح بأن إجارة الأرض المزروعة لا تصح؛ توجيهاً بأن الزرع يمنع رؤيتها. وفيها معنى آخر، وهو تأخر التسليم والانتفاع عن العقد، ومشابهته إجارة الزمان المستقبل.

ويقرب منه ما لو آجَر داراً مشحونة بطعام وغيره، وكان التفريغ[٥] يستدعي مدة[٦]، ورأيت للأئمة فيما جمع من «فتاوى القفال» فيه جوابين:

أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ[٧] في مدة ليس لمثلها أجرة، صح العقد، وإن لم يمكن[٨] إلا في مدة لمثلها أجرة، لم تصح؛ لأنه إجارة مدة مستقبلة.

والثاني: أنه إن كان يذهب في التفريغ مدة الإجارة، لم يصح، وإن كان يبقى منها شيء، يصح، ولزم قسطه من الأجرة، إذا وجد فيه التسليم.

وخرّجوا على الجوابين ما إذا استأجر داراً ببلدة أخرى، فإنه لا يتأتى التسليم

---

(١) في (ز): (بدل).

(٢) قال الشافعي: «لا يجوز حتى يكون المكتري يرى الأرض، لا حائل دونها من الزرع، ويقبضها لا حائل دونها» «الأم» (٤/ ٢٢).

(٣) قوله: (تُرى) سقط من (ي)، (هـ).

(٤) «للجهل بحال ما تناوله العقد» «الحاوي» (٩/ ٣٠١).

(٥) في (ط العلمية): (وكأن التفريغ).

(٦) ذكر أبو إسحاق الشيرازي: أن للمستأجر تفريغ متاعه بحسب العادة. «المهذب» (١٥/ ٦٩).

(٧) في (ط العلمية): (التفريع).

(٨) كذا في (ز)، وفي غيرها: (يكن).

إلا بقطع المسافة بين البلدين[١]، وما إذا باع قطع جمدٍ[٢] وزناً، وكان ينماع بعضه إلى أن يوزن[٣].

ولو استأجر للخدمة، وذكر وقتها من الليل والنهار، وفصل أنواعها فذاك. وإن[٤] أطلق: فقد حُكي عن النصّ: المنع. والظاهر: الجواز[٥]، ويلزم ما جرت العادة به.

وفصّل أنواعها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف الهروي[٦] فقال: يدخل في هذه الإجارة: غسل الثوب وخياطته، والخبز، والعجن، وإيقاد النار في التنور، وعلف الدابة، وحلب الحلوبة، وخدمة الزوجة، والغرس في الدار، وحمل الماء إلى الدار للشرب وإلى المتوضىء للطهارة. وعن أبي[٧] سهل الصعلوكي: أن علف الدابة، وحلب الحلوبة، وخدمة الزوجة، لا يلزم إلا بالتنصيص عليها.

وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خياطة الثوب، وحمل الماء إلى الدار، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة.

وذكر بعض مَنْ شرح «المفتاح» أنه ليس له إخراجه من البلدة إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب. وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة[٨].

---

(١) في (ز)، (هـ): (البلدتين).

(٢) في (ط العلمية): (جمداً).

(٣) قال النووي: «والأصح عندي فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر الصحة، وفي الجمد المنع، لإمكان بيعه جزافاً». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٨).

(٤) في (ط العلمية): (إن).

(٥) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٦) قوله: (الهروي) زيادة في (هـ).

(٧) قوله: (أبي) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٨) قال النووي: «المختار في هذا كله: الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت، ويختلف =

ولو استأجره للقيام على ضيعة، قام عليها ليلاً ونهاراً على المعتاد[١]. وإن استأجر للخبز، وجب أن يبين[٢] له[٣]: أنه يخبز الأقراص[٤] أو غلاظ الأرغفة أو رقاقها، وأنه يخبز في تنور أو فرن.

وآلات الخبز على الأجير إن كانت الإجارة في الذمة، وإلا فعلى المستأجر، وليس على الأجير إلا تسليم نفسه. والقول فيمن عليه الحطب، كما في الحبر[٥] في حق الورَّاق.

ولو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة شيئاً آخر يقبضه، لم يجز إن كانت الإجارة في الذمة[٦]. وإن كانت إجارة عين، قال صاحب «التهذيب»[٧]: هو كما لو آجَر العين المستأجرة من المؤجر، وفيه وجهان، الأصح: الجواز إذا جرى ذلك بعد القبض[٨].

ولو ضمن رجل العهدة للمستأجر: ففي «الفتاوى»: أنه يصح، ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق. وعن ابن سريج: أنه لا يصح ضمان العهدة[٩].

= ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الأجراء، وفي الذكورة والأنوثة من الطرفين وغير ذلك، فيدخل ما اقتضته العادة دون غيره». «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥٩).

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٢) في (ط العلمية): (يتبين).

(٣) قوله: (له) سقط من (ط العلمية).

(٤) في (ط العلمية): (يخبر الأقراض).

(٥) في (ط العلمية): (الخبز).

(٦) «لأن بيع المسلم فيه قبل القبض، لا يجوز» «التهذيب» (٤/ ٤٦٠).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٤٦٠).

(٨) ولو كان المكري هو الذي يريد أن يبدل العين التي أجّرها بغيرها، لم يملك، لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره، كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها. «المهذب» (١٥/ ٥٩).

(٩) لا يصح ضمان العهدة، لأنه ضمان قبل الوجوب. انظر: «التهذيب» (٤/ ١٧٥).

وذكر شارح «المفتاح»: أنه لو اكترى دابة ليركبها إلى فرسخين، لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً. ثم إذا بيَّن جهة، فأراد العدول إلى غيرها[1]، فللمكري منعه؛ لأن المعين قد يختص بسهولة أو أمنٍ. وبتقدير تساويهما، فقد يكون للمكري غرض فيه، وهذا يخالف ما تقدم[2]، فليُجعل وجهاً ملحقاً.

مؤخرة ثانية في مسائل[3] من شرط الباب الثاني:

إذا استأجر رجلاً ليعمل مدة، كان زمان الطهارة والصلاة[4] فرائضها[5] وسننها الرواتب مستثنى، فلا ينقص من الأجرة شيء[6].

ولا فرق بين صلاة الجمعة وغيرها. وعن ابن سريج ـ فيما رواه أبو الفضل بن عبدان ـ: أنه يجوز له ترك الجمعة بهذا السبب. والسبوت[7] في استئجار اليهودي تقع مستثناة، إذا اطرد عرفهم بذلك. ذكره صاحب الكتاب في «فتاويه»[8].

وفي «الزيادات» لأبي عاصم العبادي: أنه إذا استأجر حاضنة لتعهد صبي، فالدهن على أبيه، فإن جرى عرف البلد بخلافه، فوجهان. وأنه إذا استأجر حمالاً لحمل شيء إلى داره وهي ضيقة الباب، هل عليه إدخاله الدار؟ فيه قولان؛ للعرف.

---

(١) في (هـ): (أخرى).

(٢) وهو أنه لو سار في طريق آخر مثل ما عينه في السهولة والأمن، يجوز ولا يضمن. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٢)، «الحاوي» (٩/ ٢٥٠).

(٣) قوله: (في مسائل) سقط من (ي).

(٤) في (ز)، (هـ): (والصلوات).

(٥) في (ط العلمية)، (ز): (وفرائضها).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٤).

(٧) السبوت: جمع سبت. وسبت اليهود هو انقطاعهم عن المعيشة والاكتساب. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٦٢) (يوم السبت).

(٨) «فتاوى الغزالي» (ص: ٦٧).

ولا يُكلف أن يصعد به السطح. وأنه إذا استأجر قصَّاراً لغسل ثياب معلومة، وحملها إليه حمال، فأجرته على من شرط من القصار والمالك، فإن لم يجر شرط، فعلى القصَّار؛ لأنه من تمام الغسل. وأنه[١] لو استأجر[٢] لقطع أشجار بقرية، لم يجب عليه أجرة الذهاب والمجيء؛ لأنهما ليسا من العمل.

وفي «شرح المفتاح»: أنه لو استأجر دابة ليركبها ويحمل عليها كذا منّاً، فركبها وحمل عليها وأخذ في السير، فأراد المكري أن يعلّق عليها مخلاة[٣] أو سفرة[٤]، إما من قدام القتب[٥]، أو من خلفه، أو أن يردفه[٦] رديفاً، كان للمستأجر منعه. ولو استأجر دابة ليركبها إلى موضع معلوم فركبها إليه؛ فعن صاحب «التقريب»: أن له ردها إلى الموضع الذي سار منه، إلا أن ينهاه صاحبها.

وقال الأكثرون: ليس له الرد، ولكن يسلمها إلى وكيل المالك إن كان له وكيل[٧] هناك، وإلا فإلى الحاكم.

فإن لم يكن هناك حاكم فإلى أمين، فإن لم يجد أميناً، ردها أو استصحبها إلى

(١) قوله: (أنه) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (استأجره).

(٣) مخلاة ـ بالكسر ـ: هي ما يوضع فيه الخلى، والخَلَى: الرطب من النبات، أو هو الحشيش الذي يحَش من بقول الربيع. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب الواو والياء (١٠/ ١٢٠) (خَلَى).

(٤) سُفْرة: هي الجلدة التي يُوعى فيها الطعام، وهي مجاز، وفي الأصل: السُّفْرة: طعام يُصنع للمسافر. والجمع سُفَر. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٧٩) (سفر).

(٥) القَتَب ـ بالكسر، وبالتحريك أكثر في الاستعمال ـ: وهو الإكاف، وقيل الإكاف الصغير على قدر سنام البعير. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الباء (١/ ٤٣٠) (قتب)، «الصحاح» باب الباء، فصل القاف (١/ ١٩٨) (قتب).

(٦) في (ط العلمية): (أو أراد أن يردفه).

(٧) قوله: (وكيل) سقط من (هـ).

حيث يذهب، كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة. وإذا جاز له الرد، لم يكن له الركوب، بل يسوقها أو يقودها، إلا أن يكون بها جماح[١] لا تنقاد[٢] إلا بالركوب[٣].

وبمثله لو استعار ليركب إليه[٤]، قال العبادي: له الركوب في الرد؛ لأن الرد لازم عليه، والإذن يتناوله بالعرف، والمستأجر لا ردّ عليه. ولو استأجر دابة للركوب إلى موضع[٥] فجاوزه[٦]، فعليه المسمى لما استأجر له[٧]، وأجرة المثل لما زاد. ويصير ضامناً من وقت المجاوزة، حتى إذا ماتت لزمه أقصى القيمة من حينئذ، إن لم يكن صاحبها معها[٨].

ولا يبرأ عن الضمان بردها[٩] إلى ذلك المكان، وإن كان صاحبها معها. فإن تلفت بعدما نزل وسلّمها إلى المالك، فلا ضمان عليه. وإن تلفت وهو راكب، نظر: إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه، ضمن جميع القيمة[١٠]. فإن لم يحدث سبب ظاهر؛

---

(١) الجماح: بالكسر، يقال: جمح الفرس براكبه.
يقال: يجمح جماحاً وجموحاً، أي استعصى حتى غلبه. وقيل: أن ينفلت فيركب رأسه فلا يثنيه شيء. وقيل: إذا كان فيه نشاط وسُرعة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٠٧) (جَمَحَ).

(٢) في (ط العلمية): (لانتقاد).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٢).

(٤) قوله: (إليه) سقط من (ي).

(٥) قوله: (إلى موضع) سقط من (ز).

(٦) قال الشافعي: «وإن تكارى دابة من مكة إلى بطن مرٍّ، فتعدى بها إلى عسفان، فعليه كراؤها إلى مُرٍّ، وكراء مثلها إلى عسفان، وعليه الضمان». «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٥ - ٢٢٦).

(٧) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٨) «لأنه متعدٍّ بها كالغاصب». «الحاوي» (٩/ ٢٢٤).

(٩) في (هـ): (إلا بردها).

(١٠) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٥٢).

فقد قيل: يلزمه جميع القيمة أيضاً. والأصح: أنه لا يلزمه الكل[١]؛ لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب وتعاقب السير، حتى لو أقام في المقصد قدر ما يزول فيه التعب، ثم خرج من غير إذن المالك، ضمن الكل، وعلى هذا، فالتلف حصل من حق وعدوان، فيلزمه نصف الضمان، أو ما يقتضيه التوزيع على المسافتين؟ فيه قولان[٢]، كما ذكرنا فيما إذا حمل فوق المشروط.

وإن استأجرها ليركب ويعود، فلا يلزمه لما جاوز أجرة المثل؛ لأنه يستحق أن يقطع قدر تلك المسافة ذهاباً وإياباً، بناء[٣] على أنه يجوز العدول إلى مثل الطريق المعين[٤].

ثم إن قدر في هذه الإجارة مدة مقامه في المقصد فذاك، وإلا فإن لم يزد على مدة المسافرين، انتفع بها[٥] في الإياب، فإن زاد حسبت الزيادة عليه.

وإن استأجر دابة[٦] إلى عشرة فراسخ، فقطع نصف المسافة ثم رجع لأخذ شيء نسيه راكباً، انتهت الإجارة، واستقرت الأجرة[٧]؛ لأن الطريق لا يتعين. وكذا لو أخذ الدابة، وأمسكها في البيت يوماً ثم خرج، فإذا بقي بينه وبين المقصد يوم استقرت الأجرة، ولم يكن له الركوب. وكذا لو ذهب في الطريق؛ لاستقاء ماء، أو شراء شيء يمنةً ويسرة كان محسوباً من المدة، ويترك الانتفاع إذا قرب من المقصد بقدره.

---

(١) «لأنه ليس جميع الركوب محظوراً، فلزمه بعضها» «الحاوي» (٩/ ٢٢٤).

(٢) أطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٢٢٤)، و«المهذب» (١٥/ ٩٤).

(٣) قوله: (بناء) سقط من (هـ).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٠).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (بما).

(٦) قوله: (دابة) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٦٢).

ولو دفع ثوباً إلى قصّار ليقصره بأجرة، ثم جاء واسترجعه، فقال: «لم أقصره بعد، فلا أردّه»، وقال صاحب الثوب: «لا أريد أن تقصره، فاردده إليّ»، فلم يرد، وتلف الثوب عنده، فعليه الضمان. فإن قصره وردّه فلا أجرة له. وعلى هذا قياس الغزل عند النساج ونظائره.

ولو استأجره ليكتب صكاً على هذا البياض، فكتبه خطأ، قال في «الفتاوى»: عليه نقصان الكاغَد[1]، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية، فكتب بالعجمية، أو بالعكس.

وذكر العبادي في «الزيادات»: أنه إذا استأجر دابة، ليحمل الحنطة من[2] موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل، فركبها في عوده، فعطبت الدابة ضمن؛ لأنه استأجرها للحمل لا للركوب، وقيل: لا يضمن؛ للعرف.

وأن[3] الأكار[4] لو تعمد ترك السقي والمعاملة صحيحة حتى فسد الزرع، ضمن؛ لأنه في يده، وعليه حفظه. وفي «فتاوى القفال»: أنه إذا تعدى المستأجر بالحمل على الدابة، فقرح ظهرها وهلكت منه، لزمه الضمان، وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك.

مؤخرة ثالثة في مسائل من شرط الباب الثالث:

من «المنثور» للمزني: أنه لو استأجر لخياطة ثوب فخاط بعضه واحترق الثوب[5]، استحق الأجرة لما عمل. وإن قلنا: ينفسخ العقد بتلفه، استحق أجرة المثل، وإلا فقسطه من

---

(١) الكاغَد: القرطاس، فارسي معرب. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب الدال (٢/ ٤٨٦) (الكاغد).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (في).

(٣) في (ط العلمية): (وأنه).

(٤) الأكّار: اسم فاعل من أكرتُ الأرض أي حرثتها، والجمع أكَرَة. «المصباح المنير» (١/ ١٧) (الأكرة).

(٥) في (ط العلمية): (واحترق البعض).

المسمى[١]. وأنه لو استأجر لحمل حُب[٢] إلى موضع معلوم[٣] فزلقت رجله في الطريق وانكسر الحب، لا يستحق شيئاً من الأجرة. وفرق بينهما بأن الخياطة تظهر على الثوب، فوقع العمل مسلماً بظهور أثره، والحمل لا يظهر أثره[٤] على الحب.

ولو آجَر أرضاً إجارة صحيحة، ثم غرقت بسيل، أو بماء[٥] نبع منها[٦]، نظر: إن لم يتوقع انحساره[٧] مدة الإجارة، فهو كما لو انهدمت الدار[٨].

وإن توقع، فللمستأجر الخيار بين الفسخ والإجارة[٩]، كما لو غُصبت العين المستأجرة: فإن أجاز، سقط عنه من الأجرة بقدر ما كان الماء[١٠] مستوياً عليها، وإن غرق نصفها، فقد مضى نصف المدة، انفسخ العقد فيه. والظاهر أنه لا ينفسخ في الباقي، ولكن له الخيار فيه، في[١١] بقية المدة[١٢]. فإن فسخ، وكانت أجرة المدة لا

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٩٦).

(٢) الحُب ـ بالضم ـ: الجرة، أو الضخمة منها. «القاموس المحيط» باب الباء، فصل الحاء ص٧١ (حبب).

(٣) قوله: (معلوم) سقط من (ز).

(٤) قوله: (أثره) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (ماء).

(٦) قال الشافعي: «وإن غرقها بعد أن صحّ كراؤها نيل أو سيل، أي شيء يذهب الأرض، أو غصبت، انتقص الكراء بينهما من يوم تلفت الأرض» «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٨).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (الخسارة).

(٨) قوله: (الدار) سقط من (ي).

(٩) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٢).

(١٠) قوله: (الماء) سقط من (ز).

(١١) في (ط العلمية): (وفي).

(١٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٣).

تتفاوت، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية، وإن أجاز فعليه ثلاثة أرباع المسمى: النصف للمدة الماضية، والربع لما بقي.

وتعطل الرحى لانقطاع الماء، والحمام لخلل في[١] الأبنية أو لانتقاص[٢] الماء في بئره كانهدام الدار. وكذا إذا استأجر قناة فانقطع ماؤها، ولو انتقص ثبت الخيار ولم ينفسخ العقد. ذكره في «شرح المفتاح».

ومهما ثبت الخيار بسبب يقتضيه، فأجاز[٣] ثم بدا له أن يفسخ، نظر: إن كان ذلك[٤] السبب بحيث لا يُرجى زواله، كما إذا انقطع الماء، ولم يتوقع عوده، فليس له الفسخ؛ لأنه عيب واحد وقد رضي به.

وإن كان بحيث يُرجى زواله، فله الفسخ مالم يزل؛ لأنه يقدر كل ساعة زواله، فيتجدد الضرر، وهذا كما إذا تركت الزوجة[٥] المطالبة بعد مضي مدة الإيلاء، والفسخ[٦] بعد ثبوت الإعسار، لها[٧] العود إليه، وكذا لو اشترى عبداً، فأبق قبل القبض، وأجاز ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يعد العبد.

ولو استأجر طاحونتين متقابلتين، فانتقص الماء، وبقي ما[٨] تدور به إحداهما، ولم يفسخ، قال العبادي: يلزمه أجرة أكثرهما.

---

(١) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (وانتقاص)، وفي (هـ): (ولانتقاص)، والمثبت من (ز).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (وأجاز).

(٤) قوله: (ذلك) سقط من (ط العلمية).

(٥) قوله: (الزوجة) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (أو الفسخ).

(٧) في (ط العلمية): (فلها).

(٨) في (ط العلمية): (ماء).

وقال[١] في «التتمة»: إنه لو دفع غزلًا إلى نساج، واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة أذرع[٢] في عرض معلوم، فجاءه بالثوب وطوله أحد عشر، لا يستحق شيئاً من الأجرة؛ لأنه في آخر الطاقة الأولى من الغزل صار مخالفاً لأمره، فإنه إذا بلغ طولها عشرة كان من حقه أن يقطعها، لتعود إلى الموضع الذي بدأ منه، فإذا لم يفعل، وقع ذلك وما بعده في غير الموضع[٣] المأمور.

وإن جاء به وطوله تسعة، فإن كان طول السدى[٤] عشرة، استحق من الأجرة بقدره؛ لأنه لو أراد أن ينسج عشرة، لتمكن منه، وإن كان طوله تسعة، لم يستحق شيئاً؛ لمخالفته في الطاقة الأولى[٥].

ولو كان الغزل المدفوع إليه مسدى فاستأجره كما ذكرنا، ودفع إليه من اللّحمة[٦] ما يحتاج إليه، فجاء به أطول من[٧] العرض المشروط، لم يستحق للزيادة شيئاً. وإن جاء به أقصر من العرض المشروط، استحق بقدره من الأجرة. وإن وافق في الطول، وخالف في العرض: فإن كان أنقص[٨] نظر: إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط

---

(١) قوله: (قال) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (أذرع) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) من قوله: (الذي بدأ) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) السَّدى: على وزن (حصى)، وهو خلاف اللّحمة، وهو ما يمد طولًا في النسج. والسداة أخص منه، والجمع أسداء. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٧١) (السدى).

(٥) قال القفال الشاشي: إن جاء به دون ذرعه في طوله أو عرضه استحق حصته من المسمى، وإن جاء أطول لم يستحق زيادة». «حلية العلماء» (٥/ ٤٤٢).

(٦) اللَّحمة: بالفتح والضم لغة، ولحمة الثوب ما يُنسج عرضاً. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٥١) (اللحم).

(٧) في (ز)، (هـ): (في).

(٨) في (ز)، (هـ): (أنقص)، وفي (ي)، (ط العلمية): (ناقصاً).

من[١] الصفاقة[٢]، لم يستحق من الأجرة شيئاً؛ لأنه مفرط بمخالفته أمره.

وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقة وصفاقة، فله الأجرة؛ لأن الخلل والحالة هذه من السدى. وإن كان أزيد، فإن أخل بالصفاقة، لم يستحق شيئاً، وإلا استحق الأجرة بتمامها؛ لأنه زاد خيراً.

فرع:

بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة، يشبه بيع المستأجَر، ولم أر له ذكراً. نعم، في فتاوى صاحب «التهذيب»: أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة، لم يصح؛ لأن للعامل حقاً في ثمارها، فكأنه قد[٣] استثنى بعض الثمرة.

وإن كان بعد[٤] خروج الثمرة، صح البيع في الأشجار، ونصيب المالك من الثمار، ولا حاجة إلى شرط القطع؛ لأنها مبيعة مع الأصول، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع.

وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها، لم يصح؛ للحاجة إلى شرط القطع وتعذره في الشائع. والله أعلم.

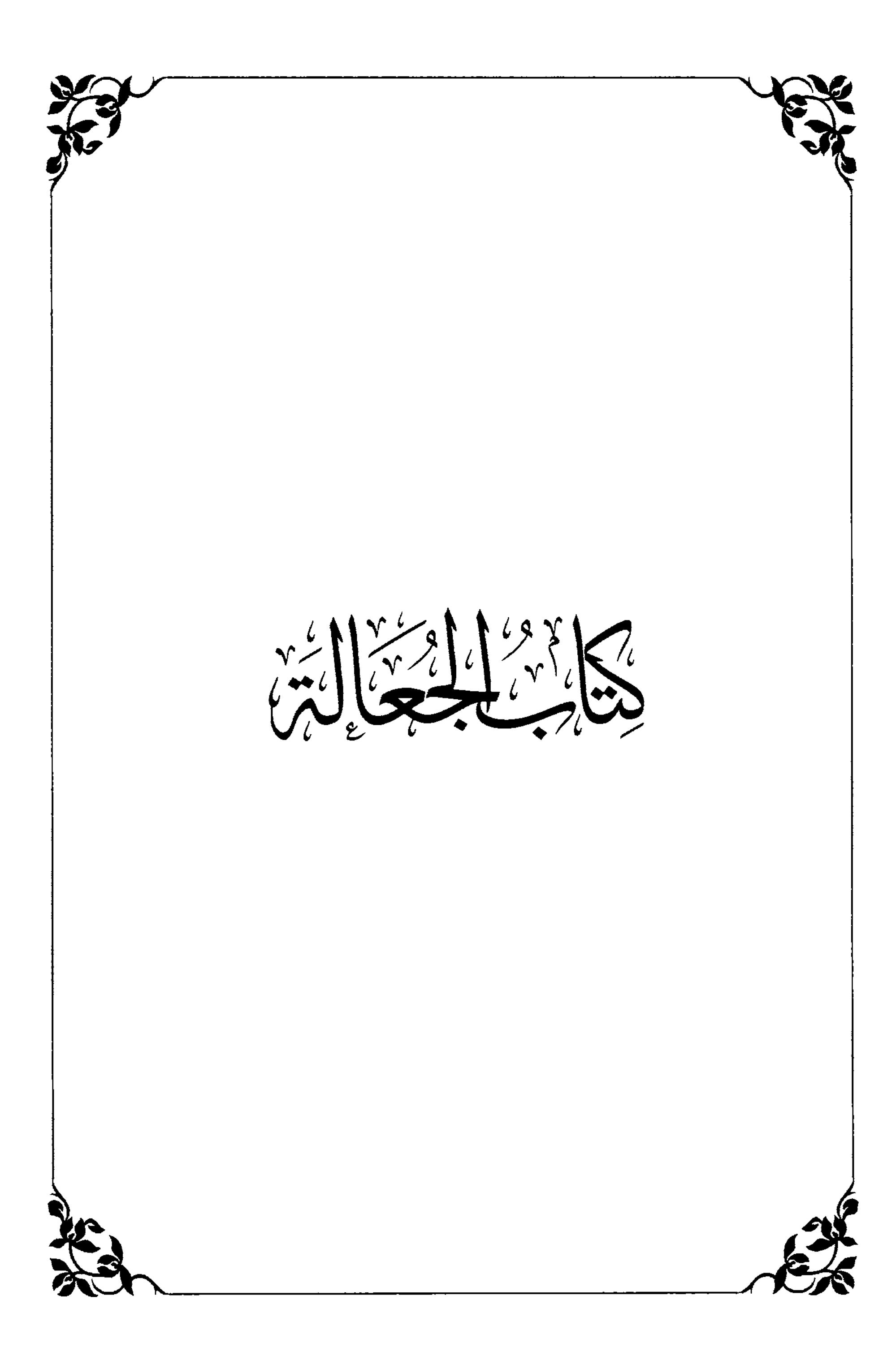


(١) في (هـ): (في).

(٢) الصفاقة: يقال صَفُقَ الثوب صَفَاقة فهو صفيق، خلاف سخيف. انظر: «القاموس المحيط» باب القاف، فصل الصاد ص٩٠١ (صفق)، «المصباح المنير» (١/ ٣٤٣) (صفقته).

(٣) قوله: (قد) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (ز): (بعض).



كِتَابُ الجُعَالَةِ

قال حجة الإسلام رحمه الله تعالى:

(كتاب الجعالة[١]

وصورتُها: أن يقول: «مَن رَدَّ عَبدي الآبِقَ فله درهم ـ مَثَلاً ـ»، وهي صحيحة. وأركانها أربعة:

الأوّل: الصِّيغةُ الدالةُ على الإذنِ في الرَّدِّ بشرطِ عِوَض: فلو رَدَّ إنسانٌ ابتداءً فهو مُتبرِّع، فلا[٢] شيءَ له (ح م). وكذا إذا رَدَّ مَن لم يَسمَعْ نداءَه؛ فإنه قَصَدَ التَّبرُّع.

وإذا كذبَ الفُضُوليُّ وقال: «قال فلان: مَن رَدَّ عبدي[٣] فله درهم» فلا يَستَحقُّ الرادُّ على المالك ولا على الفُضُوليّ؛ لأنه لم يَضمَن. وإن قالَ الفُضُوليّ: «مَن رَدَّ عَبدَ فُلانٍ فله دِرهَم» لَزِمَه؛ لأنه ضامن).

من الأصحاب مَن أورد هذا الباب في هذا الموضع، ومنهم صاحب «المهذب»[٤]، وجمهورهم أوردوه في آخر باب اللقطة، ولكل مناسبة. فالأول: لأن للجعالة شبهاً

---

(١) الجعالة ـ مثلثة، الفتح ويكسر ويضم ـ: وهي ما جعله له على عمله، وهو أعم من الأجرة والثواب. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب اللام (٧/ ٢٥٤٧) (جعل)، «المصباح المنير» كتاب الجيم (١/ ١٠٢ - ١٠٣) (جعلت).

واصطلاحاً: «التزام عوض معلوم على عمل معيّن أو مجهول عَسُر علمه» «مغني المحتاج» (٢/ ٤٢٩).

(٢) في (ز)، (هـ): (ولا).

(٣) (٣) قوله: (عبدي) زيادة في (ز).

(٤) في (ي)، (ط العلمية) «التهذيب»، والصحيح ما أثبتّه، لأن البغوي أورد هذا الباب في آخر باب اللقطة، انظر «التهذيب» (٤/ ٥٦٣ - ٥٦٧)، وكذا في «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦). بينما أورده أبو إسحاق الشيرازي بعد باب الاجارة، انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٣).

ظاهراً بالإجارة. والثاني: لأن الحاجة إلى هذا العقد في الأغلب تقع في الضوال والعبيد الآبقين[١]، فحسن وصله باللقطة.

والجعالة في اللغة: ما يجعل للإنسان على شيء يفعله، وكذلك الجُعل والجَعِيلَة. وأما في الشَّرعِ[٢]: فصورة عقد الجَعَالَةِ أن يقولَ: «مَن رَدَّ عليَّ[٣] عبدي الآبق» أو «دابتي الضالة، فله كذا وكذا[٤]».

وهو صحيح؛ لمسيس الحاجة إليه في الأعمال المجهولة، واستأنسوا له بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢].

ثم إن صاحب الكتاب أودع مسائله فصلين:

أحدهما: في أركان الجعالة، وعدّها أربعة:

أحدها[٥]: الصيغة الدالة على الإذن في العمل بِعوَض يلتزمه، فلو أَبق عبد إنسان أو ضلت دابته فرده غيره بغير إذنه، فلا شيء له، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال أو لم يكن[٦]، خلافاً لمالك[٧] حيث قال: إن كان معروفاً به استحقّ أجرة المثل، ولأبي حنيفة[٨] حيث قال: في العبد خاصة إن ردّه من مسافة ما[٩] دون ثلاثة

---

(١) قوله: (الآبقين) سقط من (ي).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٣)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٤).

(٣) قوله: (عليَّ) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) قوله: (وكذا) زيادة في (هـ).

(٥) قوله: (أحدها) سقط من (ي).

(٦) ويكون ضامناً باليد، ويسقط عنه بالرد. «الحاوي» (٩/ ٤٦٢).

(٧) «حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٤).

(٨) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٥)، «فتح القدير» (٦/ ١٣٤ - ١٣٦)، «الاختيار» (٣/ ٣٦).

(٩) قوله: (ما) سقط من (ي).

أيام، استحق أجرة المثل، وإن رده من مسافة ثلاثة أيام[١] أو أكثر، فإن لم يكن معروفاً برد الآبقين، لم يستحق شيئاً، وإن كان معروفاً به[٢]، استحق أربعين درهماً استحساناً؛ إلا أن تكون قيمته أقل من أربعين، فيستحق قدر قيمته ناقصاً بدرهم، ولأحمد[٣]؛ حيث قال: يستحق في ردّ الآبق ديناراً، سواءً كان معروفاً بذلك أو لم يكن.

لنا: أنه عمل لم يلتزم له المالك عوضاً، فيقع تبرعاً كما لو لم يكن معروفاً بالرد، وكما لو رد غير العبد.

ولو قال لواحد[٤]: «رُدّ آبقي، ولك كذا»، فرد غيره، لم يستحق شيئاً؛ لأنه لم يشرط لغير[٥] ذلك المعين. نعم، رد عبده كرده في استحقاق الجُعل؛ لأن يده كيده.

ولو قال: «من رده، فله كذا»، فرده من لم يسمع نداءه، لم يستحق شيئاً؛ لأنه قصد التبرع[٦]. فإن قصد العوض، لاعتقاده أن مثل هذا العمل لا يحبط ويستحق به الأجرة، فكذلك. وعن الشيخ أبي محمّد تردد فيه؛ لأنه حصل المقصود وشمله اللفظ بعمومه. والظاهر الأول، ولا عبرة باعتقاده.

وكذلك لو عين واحداً، فقال: «إن رده فلان فله كذا»، فرده غير عالم بإذنه[٧]

---

(١) من قوله: (استحق أجرة) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٧٢)، «الإنصاف» (٦/ ٣٩٤).

(٤) قوله: (لواحد) سقط من (ي).

(٥) كذا في (ز)، (هـ)، وفي (ي): (لم يشترط)، وفي (ط الفكر)، (ط العلمية): (لم يشترط للغير).

(٦) فإن علم بالنداء بعد المجيء وقبل الدفع إلى السيد، استحق الجعل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٥).

(٧) في (ز)، (هـ): (فرده غيره عالماً بإذنه ...)، وفي (ي): (غير لأنه لم يرد بإذنه ...)، وما أثبته هو في (ط العلمية)، وهو يتوافق مع ما في «روضة الطالبين» (٥/ ٢٦٨).

والتزامه. وإن أذن له[١] في الرد ولم يشترط[٢] العوض، فلا شيء للراد[٣] هذا ظاهر النص[٤]، وفيه الخلاف المذكور فيما إذا دفع ثوباً إلى غسال فغسله[٥]، ولم يجر للأُجرة ذكر.

ولا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه، بل لو قال غير المالك: «من رد عبد فلان فله كذا»، استحقه الراد عليه؛ ووجه ذلك بأنه التزمه[٦]، وليس كذلك[٧] إذا التزم الثمن في بيع غيره، والثواب على هبة غيره؛ لأنه عوض تمليك، فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك، والجعل ليس عوض تمليك.

ولو قال فضولي: «قال فلان[٨]: من رد عبدي فله كذا»، لم يستحق الراد شيئاً[٩] على الفضولي؛ لأنه لم يلتزم[١٠]. وأما المالك فإن قال: «كذب الفضولي علي[١١]»، فلا شيء عليه أيضاً، وكان من حق الراد أن يثبت. وإن صدقه[١٢]، قال

---

(١) قوله: (له) زيادة في (ز).

(٢) كذا في (ي)، (ز)، (هـ)، وفي (ط العلمية): (يلتزم).

(٣) وهناك ثلاثة أوجه أخر. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٤).

(٤) قال الشافعي: «ولا جُعْل لمن جاء بآبق ولا ضالة إلا أن يُجعل له، وسواء من عُرف بطلب الضّوال ومن لا يُعرف به». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٥) في (ط العلمية): (غسال ليغسله).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٢٧٦).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (كما).

(٨) في (ز): (قال لي فلان).

(٩) قوله: (شيئاً) سقط من (ي)، (ز)، (ط العلمية).

(١٠) «وإنما حكى قول غيره» «المهذب» (١٥/ ١١٤).

(١١) في (ز)، (هـ)، (ط العلمية): (فإن كذب الفضولي عليه).

(١٢) كذا في (هـ)، وفي غيرها: (صدق).

في «التهذيب»[١]: يثبت الاستحقاق عليه، وكان هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد على[٢] قوله، وإلا فهو كما لو رد غير عالم[٣] بإذنه والتزامه.

ولا فرق في صيغة المالك بين أن يقول: «من رد عبدي»، وبين أن يقول[٤]: «إن رده إنسان» أو «إن رددته» أو «رُده، ولك كذا».

قال:

(الثاني: العاقد: وشرطُه: أهليّة الإجارة. ولا يُشتَرَط تعيينُ العاملِ لـمَصلحةِ العَقد. وكذلك لا يُشتَرَطُ القَبولُ (و) قَطعاً).

ملتزم[٥] الجعل ينبغي أن يكون مطلق التصرف، وإليه أشار بقوله: (وشرطه أهلية الإجارة). وإنما خص الإجارة بالذكر؛ لأنها أشبه بالجعالة من البيع وغيره؛ لأن كل واحدة منهما مقابلة منفعة بمال.

والعامل يجوز أن يكون شخصاً معيناً، أو جماعة معينين، ويجوز ألا يكون كذلك، وقد بان مثال القسمين في الفصل السابق. وإنما احتمل إبهام العامل؛ لأن ردّ الآبق وما في معناه قد لا يتمكن منه معين، ومن يتمكن منه ربما لا يكون حاضراً، وربما لا يعرفه المالك، فإذا أطلق الاشتراط وشاع ذلك يسارع من يتمكن منه إلى تحصيل العوض[٦]، فاقتضت مصلحة العقد احتماله[٧].

(١) «التهذيب» (٤/ ٥٦٥).
(٢) قوله: (على) سقط من (هـ).
(٣) قوله: (عالم) سقط من (ي).
(٤) قوله: (من رد عبدي وبين أن يقول) سقط من (ز).
(٥) في (ط العلمية): (يلتزم).
(٦) في (هـ): (الغرض).
(٧) انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٣).

ثم إذا لم يكن العامل معيناً، فلا يُتصور منه[١] للعقد قبُول، وإن كان معيناً فلا يشترط قبوله أيضاً على المشهور، ويكفي الإتيان بالعمل. وقال الإمام[٢]: لا يمتنع أن يكون كالوكيل في اشتراط القبول.

فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (لا يشترط القبول)، بالواو. وقوله[٣]: (وكذلك)، أراد لرعاية مصلحة العقد.

ويشترط[٤] عند التعيين أهلية العمل في العامل.

قال:

(الثالث: العمل: وهو كُلُّ ما يُستأجِرُ عليه، وإن كانَ مـجهولاً، فإنّ مسافةَ رَدِّ العبدِ قد لا تُعرَف. ولا يُشتَرَطُ (ز) الـجهل؛ بل لو قال: «مَن خاطَ ثوبي ـ أو مَن حَجَّ عنِّي ـ فلهُ دينارٌ» استحقّ (ز)؛ لأنه إذا جازَ مع الجهلِ فمع العِلمِ أولى. وفيه وجهٌ آخَر: أنّه لا يجوزُ إلا على عملٍ مجهول).

ما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولاً، تجوز الجعالة عليه؛ لأن مسافة رد الآبق قد[٥] لا تعرف[٦]، فتدعو الحاجة إلى احتمال الجهالة فيه[٧]، كما

---

(١) قوله: (منه) زيادة في (ز).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩٦).

(٣) قوله: (وقوله) سقط من (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (وليشترط).

(٥) قوله: (قد) سقط من (هـ).

(٦) في (ي): (تقرب).

(٧) انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٣)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٤).

تدعو إلى احتمالها في العامل، وإذا كنا نحتمل الجهالة في القراض لتحصيل زيادة، فلأن نحتملها في الجعالة أولى.

وأما ما تجوز الإجارة عليه، ففي جواز الجعالة عليه وجهان، سبق ذكرهما في الحج[١]، والأصح: الجواز.

وقد ذكرنا هناك ما يقتضي إعلام قوله: (ولا يشترط الجهل)، بالزاي، وكذا قوله: (استحقّ).

ولو قال: «من ردّ عليّ مالي فله كذا»، فردّه عليه[٢] من كان في يده، نظر: إن كان[٣] في رده كلفة ومؤونة؛ كالعبد الآبق، استحق الجعل.

وإن لم يكن كالدراهم والدنانير، فلا؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض[٤].

ولو قال: «من دلني على مالي»، فدله مَن المال في يده، لم يستحق الجعل؛ لأن ذلك واجب عليه بالشرع، فلا يجوز أخذ العوض عليه[٥].

وإن كان في يد غيره فدل عليه، استحق؛ لأن الغالب أنه يلحقه مشقة في البحث عنه[٦].

---

(١) اختلف الشافعية في هذه المسألة على وجهين: الوجه الأول ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه تجوز الجعالة على كلّ عملٍ يصح إيراد الإجارة عليه، لأن الجعالة جائزة مع كون العمل مجهولاً، فأولى أن تجوز مع العلم به. الوجه الثاني ـ وبه قال المزني ـ: أنه لا يعدل إلى الجعالة إلا عند تعذر الإجارة للضرورة. انظر ما سلف (٤/ ٦٢٥ - ٦٢٦).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (ي)، (ز).

(٣) من قوله: (يقتضي إعلام) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) انظر: «المهذب» (٤/ ٥٦٧).

(٥) في (هـ): (عنه).

(٦) قال البغوي: «فدله رجل دلالة تحتاج إلى مؤونة، يستحق» «التهذيب» (٤/ ٥٦٧).

وفيما حكيناه ما ينبئك أن ما يعتبر في العمل لجواز الإجارة يعتبر لجواز الجعالة سوى كونه معلوماً، وربما فهم ذلك من قوله: (وهو كل[١] ما يستأجر عليه، وإن كان مجهولا).

قال:

(الرابع: الـجُعْل: وشرطُه: أن يكونَ معلوماً مُقَدَّراً[٢] كالأُجرة، فلو قال: «مَن ردَّ مِن بَلَدِ كذا فله دينار» فردَّ مِن نصفِ الطّريقِ استحقَّ النصف، أو من الثُّلُثِ استحقَّ الثُّلُث. ولو رَدَّ من مكانٍ أبعدَ لم يستحقَّ زيادة؛ لأنه لم يُشتَرَط.

وإن قال: «مَن ردَّ فله دينار» فاشتركَ فيه اثنانِ فهو لهما. وإن عَيَّنَ واحداً فعاوَنَه غيرُه لقصدِ[٣] مُعاوَنةِ العاملِ فالكُلُّ للعامل، وإن قصدَ طلبَ أُجرةٍ فلا شيءَ له، وللعاملِ نصفُ دينار).

يجب أن يكون الجعل المشروط معلوماً كالأُجرة[٤]، فإنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة فيه بخلاف العمل، وأيضاً: فإنه لا يكاد يرغب أحد في العمل إذا لم يعلم بالجعل، فلا يحصل مقصود العقد.

فإن شرط جعلاً مجهولاً، بأن قال: «من ردّ آبقي، فله ثوب أو دابة»، أو «إن

---

(١) قوله: (كل) سقط من (ز).

(٢) قوله: (مقدَّراً) سقط من (هـ).

(٣) في (ز): (بقصد).

(٤) و«لأنه عقد معاوضة، فلا تجوز بعوض مجهول» «المهذب» (١٥/ ١١٣).

رددته، فعلي أن أرضيك» أو «أعطيك شيئاً»[١]، فسد العقد، والمستحق بالعمل أُجرة المثل[٢]. وكذا لو جعل الجعل خمراً أو خنزيراً.

ولو جعل الجعل ثوباً مغصوباً، ذكر الإمام[٣] احتمالين:

أحدهما: تخريجه على القولين فيما إذا جعل المغصوب صداقاً[٤]، حتى يرجع في قولٍ إلى قيمة[٥] ما يقابل الجعل، وهو أجرة[٦] المثل، وفي قولٍ إلى قيمة المسمى.

وثانيهما: القطع بأُجرة المثل؛ لأن العوض ركن في هذه المعاملة بخلاف الصداق.

ولو قال: «من ردّ عبدي فله سلبه» أو «ثيابه»، قال في «التتمة»: إن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم، فللراد المشروط، وإلا فله أُجرة المثل.

وإن قال: «فله نصفه» أو «ربعه»: فالجواب في «التتمة»: الصحة. وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: المنع. وهو قريب من استئجار المرضعة بجزء من الرقيق الرضيع بعد الفطام[٧].

---

(١) من قوله: (أو إن رددته) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع. ولأنه لم يعمل مجاناً. انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٣)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٥).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٠).

(٤) لو جعل المغصوب صداقاً، فالواجب مهر المثل في أصح القولين، وقيمة المغصوب في الثاني. انظر ما سيرد (١٤/ ٤٧-٤٨).

(٥) قوله: (إلى قيمة) سقط من (هـ)، وفي (ز): (إلى أجرة).

(٦) في (ز): (قيمة).

(٧) فله أجرة المثل. انظر ما سلف (٩/ ٤٨٨).

ثم في الفصل مسألتان:

الأولى: لو قال: «من رد عبدي من بلد كذا، فله دينار»، فيجيء فيه أولاً الخلاف المذكور في أن العمل المعلوم هل يجوز فيه الجعالة؟ إن قلنا: نعم، وهو الأصح، فمن رده من نصف الطريق، استحق نصف الجعل[(١)]، ومن رده من ثلثه استحق الثلث، وإن رده من مكان أبعد لم يستحق زيادة؛ لأنه لم يلتزم[(٢)].

ولو قال: «مَنْ ردّ عبدَيّ فله كذا»، فردّ أحدهما: استحق نصف الجعل[(٣)] [(٤)]. ولو قال: «إن رددتما عبدي فلكما كذا»، فرده أحدهما، استحق النصف؛ لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك[(٥)]، ولو قال: «إن رددتما عبدي»، فرد واحد منهما أحد العبدين[(٦)] لم يستحق إلا الربع.

وفي هذه الصورة شبهةٌ؛ لأن الالتزام معلق بالرد من ذلك البلد، وبرد العبدين، ولو توزع الجعل في الجعالة على العمل، لاستحق[(٧)] النصف إذا رد من ذلك البلد إلى نصف الطريق، ولما وقع النظر إلى كونه المأتي به[(٨)] نافعاً أو غير نافع، كما في الإجارة.

---

(١) لأن بعض العمل الذي جُعل له الجعل في مقابلته. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٧).

(٢) قوله: (لأنه لم يلتزم) سقط من (هـ).

(٣) «وسواء استوت قيمتهما أو اختلفت» «التهذيب» (٤/ ٥٦٦).

(٤) من قوله: (ولو قال) إلى هنا سقط من (هـ)، (ط العلمية).

(٥) من قوله: (لأنه لم) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ز): (فرد أحدهما أحدهما)، وفي (هـ): (فرد أحدهما).

(٧) في (ط العلمية): (لا يستحق).

(٨) كذا، وهو يوافق المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ٢٠٠)، ولعلّ الصّواب: (إلى كون المأتي به)، والله أعلم. (م ع).

الثانية: قال: «من ردّ عبدي فله كذا»، فاشترك في رده[١] اثنان أو جماعة، فالجعل مشترك[٢]. ولو قال لنفر: «إن رددتم عبدي»، فردوه[٣]، فكذلك.

ويقسم بينهم على عدد الرؤوس؛ لأن العمل في أصله مجهول، فلا[٤] نظر إلى مقداره في التوزيع قال الإمام[٥]: ولا يبعد أن يقال: إنما يدفع الجعل إليهم عند تمام العمل، وحينئذ فقد انضبط العمل فيوزع على أجور أمثالهم.

ولو قال لزيد: «إن رددته فلك دينار»، فرده بشركة غيره، فلا شيء عليه لذلك الغير؛ لأنه لم يلتزم. وأما زيد، فإن قصد الغير معاونته، إما[٦] بعوض أو مجاناً، فله تمام الجعل؛ لأنه قد يحتاج إلى الاستعانة بالغير، ومقصود المالك رد العبد بأي وجه أمكن، فلا يحمل لفظه على قصر العمل على المخاطب. ولا شيء لذلك الغير على زيد، إلا أن يلتزم له[٧] أجرة ويستعين به.

وإن قال: «عملت للمالك»، لم يكن لزيد تمام الجعل[٨]. قال الإمام[٩]: ويعترض بالنظر في أن التوزيع على الرؤوس أو على قدر العمل؟ ورأى الظاهر التوزيع على العمل. لكن المشهور الأول، وعلى ذلك ينطبق قوله في الكتاب: (وللعامل نصف دينار).

---

(١) في (ي): (لرده).

(٢) سواء اتفقت أجورهم أو اختلفت، لاشتراكهم واستوائهم في المجيء بالعبد. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٦)، «المهذب» (١٥/ ١١٤).

(٣) في (ط العلمية): (فلكم كذا فردوه).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (ولا).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩٨).

(٦) في (ط العلمية): (وإما).

(٧) قوله: (له) زيادة في (ز).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٦٥).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩٩).

وليس قوله: (وإن قصد طلب أجرة)، لتخصيص الحكم به، فإنه إذا قصد العمل للمالك فلا فرق بين أن يقصد الشركة في الجعل، وبين أنه يقصد التبرع.

ولو شاركه اثنان في الرد، فإن قصدا إعانة زيد فله تمام الجعل، وإن قصدا العمل للمالك فله ثلثه، وإن قصد أحدهما إعانته والآخر العمل للمالك فله الثلثان. وقد خطر[١] بالبال هاهنا: أن العامل المعين، هل يوكل الغير لينفرد بالرد[٢] كما يستعين به؟ وأنه إذا كان النداء عاماً، فوكل رجل غيره ليرد له[٣]، هل يجوز؟ ويشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء.

ولو قال لواحد: «إن رددته فلك كذا»، ولآخر: «إن رددته فلك كذا»، ولثالث: «إن رددته فلك كذا»، فاشتركوا في الرد، قال الشافعي رضي الله عنه: «لكل واحد منهم ثلث ما جعل له، اتفقت الأجعال أو اختلفت»[٤]. قال المسعودي: وهذا إذا عمل كل واحد منهم لنفسه، أما إذا قال أحدهم: «أعنت صاحبيّ، وعملت لهما»، فلا شيء له، ولكل واحد منهما نصف ما شُرط له[٥]، ولو قال اثنان: «عملنا لصاحبنا»، فلا شيء لهما، وله جميع المشروط له.

ثم في الحكم بأن لكل واحد منهم[٦] الثلث، تصريح بالتوزيع على عدد الرؤوس. وعلى هذا، فلو رده اثنان منهم، فلكل واحد منهما نصف المشروط له، وإن أعانهم رابع في الرد فلا شيء له. ثم إن قال: «قصدت العمل للمالك»، فلكل واحد من الثلاثة ربع

---

(١) في (ز): (يخطر).

(٢) في (ي): (قد يوكل الغير بالرد).

(٣) قوله: (له) سقط من (ز).

(٤) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٥) قوله: (له) سقط من (ز).

(٦) في (ز): (منهم)، وفي غيرها: (منهما).

المشروط له. وإن قال: «أعنتهم جميعاً»، فلكل واحد منهم ثلث المشروط له[١]، كما لو لم يكن معهم غيرهم. وإن قال: «أعنت فلاناً»، فله نصف المشروط له، ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له.

وعلى هذا القياس لو قال: «أعنت فلاناً وفلاناً[٢]»، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثُمنه[٣]، وللثالث ربع المشروط له.

ولو قال لواحدٍ: «إن رددته فلك دينار»،وقال لآخر[٤]: «إن رددته أرضيتك[٥]» أو «فلك ثوب»، فرده[٦]، فللأول نصف الدينار، وللثاني نصف أجرة المثل.

* * *

(١) قوله: (له) زيادة في (ز).

(٢) قوله: (وفلاناً) زيادة في (ي)، (ط العلمية).

(٣) قوله: (وثُمنه) سقط من (هـ).

(٤) من قوله: (إن رددته) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (أرخيتك).

(٦) في (هـ): (فرد له).

قال رحمه الله:

(أما أحكامُها: فالجوازُ مِن الـجانبين، كالقِراض، وجوازُ الزيادةِ والنُّقصانِ قبلَ فراغ العمل، وَوُجُوبُ[١] استحقاقِ الأجرةِ على تمام العمل، حتى لا يستحقُّ بالبعضِ البعض؛ بل لو ماتَ العبدُ على باب الدار أو هَرَبَ قبلَ التّسليم[٢]: فلا حقّ).

الفصل الثاني: في أحكام الجعالة:

فمنها: الجواز، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه قبل تمام العمل[٣]، قال في «التتمة»: لأن الجعالة تشبه الوصية من حيث إِنها تعليق استحقاق بشرط، والرجوع عن الوصية جائز فكذلك هاهنا. وبعد تمام العمل لا معنى للفسخ ولا أثر له؛ لأن الدين قد لزم.

ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل فلا شيء للعامل، وإن كان بعده: فإن فسخ العامل لم يستحق لما عمل شيئاً؛ لأنه امتنع باختياره، ولم يحصل غرض المالك بما عمل. وإن فسخ المالك، فوجهان مذكوران في «التهذيب»[٤]:

أحدهما: أنه لا شيء للعامل أيضاً، كما لو فسخ بنفسه.

وأصحهما: أنه يستحق أجرة المثل لما عمل؛ كيلا يحبط سعيه بفسخ[٥] غيره،

---

(١) في (ز): (ووقوف).

(٢) قوله: (قبل التسليم) سقط من (ز).

(٣) «لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة» «المهذب» (١٥/ ١٢٤).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥٦٧).

(٥) في (هـ): (بفعل).

وهذا ما أورده المعظم[١]، وربما عبروا عنه بأنه ليس له الفسخ؛ حتى يضمن للعامل[٢] أجرة مثل ما عمل.

وذكر الإمام[٣] فيما إذا فسخ المالك بعد الشروع في العمل والعامل معين، أنه لا يبعد تخريجه على الخلاف في عزل الوكيل في غيبته، وهذا بعيد عن كلام الأصحاب.

وردّ أبو سعيد المتولي هذا التشبيه إلى شيء آخر، وهو أن ما يعمله العامل بعد الفسخ لا يستحق عليه شيئاً إن كان عالماً بالفسخ، فإن لم يعلمه بُني على ذلك الخلاف.

وكما تنفسخ الجعالة بالفسخ[٤] تنفسخ بالموت، ولا شيء للعامل كما[٥] يعمل بعد موت المالك.

ولو قطع بعض المسافة، ثم مات المالك، فرده إلى وارثه، استحق من المسمى بقدر ما عمل في حياته. ذكره أبو الفرج السرخسي.

ومنها: أنه يجوز التصرف في الجعل بالزيادة والنقصان، وتغيير[٦] الجنس قبل العمل، فلو قال: «من رد عبدي، فله عشرة»، ثم قال: «من رده فله خمسة»، أو العكس،

---

(١) قال أبو إسحاق الشيرازي: «لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل» «المهذب» (١٥/ ١٢٤).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (العامل).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩٧).

(٤) من قوله: (لا يستحق) إلى هنا سقط من (ي).

(٥) كذا في (ز)، (هـ)، وفي غيرهما: (بما).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (وبغير).

فالاعتبار بالنداء الأخير، والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد[١]. نعم، لو لم يسمع العامل النداء الأخير[٢]، قال في «الوسيط»[٣]: احتمل أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل.

ثم قوله في الكتاب: (قبل فراغ العمل)، يقتضي جواز الزيادة والنقصان ما لم يتم العمل.

وفي «المهذب»[٤] وغيره: أنه يجوز ذلك قبل العمل كما قدمناه، وهذا يشعر بما قبل الشروع، ولا شك في جواز هذا التصرف قبل الشروع. وأما في أثناء العمل فالظاهر تأثيره في الرجوع إلى أجرة المثل؛ لأن النداء الأخير فسخ للأول والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل[٥].

ومنها: توقف استحقاق الجعل على تمام العمل، حتى لو سعى في طلب الآبق ورده، فمات في الطريق، أو على باب دار المالك، أو هرب أو غصبه غاصب، أو تركه العامل، أو رجع[٦] بنفسه فلا شيء للعامل[٧]؛ لأن الاستحقاق معلق بالرجوع[٨] وهو المقصود[٩]، ويخالف ما إذا استأجره ليحج عنه فأتى ببعض الأعمال ومات، حيث يستحق من الأجرة بقدر ما عمل في أحد القولين، وفرقوا بينهما من وجهين:

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٧).

(٢) من قوله: (والمذكور فيه) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) «الوسيط» (٤/ ٢١٣).

(٤) «المهذب» (١٥/ ١٢٤)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٧).

(٥) من قوله: (لأن النداء) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) قوله: (أو رجع) سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (فلا شيء عليه للعامل).

(٨) في (ز)، (هـ): (بالرد).

(٩) انظر: «المهذب» (١٥/ ١١٤).

أحدهما: أن المقصود من الحج الثواب، وقد حصل ببعض العمل بعض الثواب، وهاهنا لم يَحصُل شيءٌ من المقصود[١].

والثاني: أن الإجارة لازمة تجب الأجرة فيها بالعقد، وتستقر[٢] شيئاً فشيئاً، والجعالة جائزة لا يثبت شيء فيها إلا بالشرط، ولم يوجد.

وإذا رد الآبق لم يكن له حبسه إلى استيفاء الجعل؛ لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق.

ولو قال: «إن علمت هذا الصبي» أو «علمتني القرآن، فلك كذا»، فعلمه البعض وامتنع من تعليم الباقي[٣] فلا شيء له. وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم كما لو طلب العبد فلم يجده.

ولو مات الصبي في أثناء التعليم، استحق الأجرة لما علمه[٤]؛ لوقوعه مسلماً بالتعليم؛ بخلاف رد الآبق فإن تسليم العمل بتسليم الآبق، وهاهنا ليس عليه تسليم الصبي ولا هو في يده. وإن منعه أبوه من التعلم[٥]، فللمعلم أجرة المثل لما علم، قاله في «الشامل».

وقوله: (ووجوب[٦] استحقاق الأجرة)، أراد بالأجرة الجعل، لما بينهما من التقارب[٧].

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٦٦).

(٢) قوله: (وتستقر) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (البعض).

(٤) في (ز)، (هـ): (أجرة ما علم)، وفي (ي): (أجرة ما عمل).

(٥) كذا في (ز)، (هـ)، وفي غيرهما: (التعليم).

(٦) في (ز)، (هـ): (ووقوف).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (التفاوت).

قال:

(وإن أنكرَ المالكُ شرطَ أصلِ الجُعلِ[١]، أو شرطَه في[٢] عَبدٍ مُعيَّن، أو سعى العاملُ في الردِّ: فالقولُ قولُه. وإن تنازعا في مقدارِ الجُعْلِ تحالَفا، والرُّجُوعُ إلى أُجرةِ المِثل).

إذا جاء بعبده الآبق، وطالبه بالجعل، فقال: «ما شرطت جعلاً[٣]»، أو قال: «شرطته على عبد آخر لا على هذا العبد»، أو قال: «ما سَعيْتَ في رده، وإنما عاد العبد بنفسه»، فالقول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الشرط والرد[٤].

ولو اختلفا في القدر المشروط، تحالفا، وللعامل أُجرة المثل، كما لو اختلفا في الإجارة[٥]. وكذا لو قال المالك: «شرطت الجعل على رد عبدين»، فقال العامل: «بل[٦] على رد الذي رددت».

فروع:

الأول[٧]: لو قال: «مَن ردّ عبدي إلى شهر فله كذا»، فعن القاضي أبي الطيب: أنه لا يجوز؛ لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد؛ فإنه ربما لا يظفر له في تلك المدة

---

(١) في (هـ): (الجعالة).

(٢) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (ما اشترطت)، وفي (هـ): (رجلًا).

(٤) «وعدم الضمان» «المهذب» (١٥/ ١٢٤).

(٥) و«كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين» «المهذب» (١٥/ ١٢٤). انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٦٧).

(٦) في (هـ): (لا، بل).

(٧) قوله: (الأول) سقط من (ز)، (هـ).

فيضيع سعيه ولا يحصل غرض المالك، وهذا كما أنه[١] لا يجوز تقدير مدة القراض.

الثاني: إذا قال: «بع عبدي هذا»، أو «اعمل كذا ولك عشرة دراهم»، ففي «بعض التصانيف»: أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدراً فهو إجارة، وإن احتاج إلى ترددات غير مضبوطة[٢] فهو جعالة.

الثالث: لم أجده مسطوراً، يد العامل على ما يحصل في يده إلى أن يرده يد[٣] أمانة. ثم لو رفع اليد عن الدابة[٤]، وخلاها في مضيعة[٥]، فهو تقصير مضمن.

ونفقة العبد وعلف الدابة في مدة الرد، يجوز أن يكون على ما ذكرناه في مكتري الجمال، إذا هرب مالكها[٦] وخلاها عنده.

ويجوز أن يقال: ذاك أمر أفضت[٧] إليه ضرورة، وهاهنا أثبت العامل يده عليه باختياره، فيتكلف مؤنته[٨]، ويؤيد[٩] هذا بالعادة.

الرابع: قال لغيره: «إن أخبرتني بخروج فلان من البلد، فلك كذا»، فأخبره،

---

(١) قوله: (أنه) سقط من (هـ).

(٢) كذا في (ز)، (هـ)، وفي (ط العلمية): (إلى تردد أو كان غير مضبوطة)، وفي (ي) سقط في بعض الحروف والكلمات.

(٣) قوله: (يد) سقط من (ي).

(٤) في (ي): (وقع اليد على الدابة).

(٥) قال النووي: «لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة، فحيث خلاها يضمن» «روضة الطالبين» (٥/ ٢٧٦).

(٦) قوله: (مالكها) سقط من (ي).

(٧) في (ط العلمية): (أمضت).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٥).

(٩) في (ز)، (هـ): (وقد يؤيد).

ففي «فتاوى القفال»: أنه إن كان له غرض في خروجه استحق، وإلا فلا[1]، وهذا يقتضي أن يكون صادقاً، فإن الغرض حينئذ[2] يحصل بخروجه[3]. بخلاف ما إذا قال: «إن أخبرتني بكذا، فأنت طالق»، فأخبرته كاذبة.

وينبغي أن ينظر أيضاً في أنه هل يناله تعب أم لا؟ والله أعلم.

* * *

(١) وقال البغوي: «لو قال: «من أخبرني فله كذا»، فأخبره رجل، لا شيء له، لأنه لا يحتاج فيه إلى عمل». «التهذيب» (٤/ ٥٦٧).

(٢) قوله: (حينئذٍ) سقط من (ز).

(٣) قوله: (بخروجه) زيادة في (ز).


كتاب إحياء الموات

قال رحمه الله:

(كتاب إحياء المَوات[١]

والمشْتَرَكاتُ ثلاثة: الأراضي ومَعادِنُها وَمَنافِعُها.

أمّا الأراضي: فالمواتُ منها يُملَكُ بالإحياء، قال ﷺ: «مَن أحيا أرضاً مَيتةً فهي له»[٢]. والمَوات كلُّ مُنفَكٍّ عن اختصاص. والاختِصَاصُ سِتّةُ أنواع:

النوع[٣] الأوَّل: العِمارة، فلا يُتمَلَّكُ معمور، وإن اندرَسَت (و) العِمارة؛ فإنها مِلكٌ لمُعيَّنٍ أو لبيتِ المال، إلا أن تكونَ عِمارةً جاهليّةً

---

(١) إحياء الموات: الإحياء: مصدر من حيي، والحياة ضد الموت، يقال: أحياه إحياءً أي جعله حياً.
والموات: كسحاب ما لا روح فيه. وأرض موات: لا مالك لها من الآدميين، ولا ينتفع بها، لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها أو لغيرهما مما يمنع الانتفاع بها.
وإحياء الموات: مباشرتها بتأثير شيء فيها من إحاطة أو زرع أو عمارة ونحو ذلك، تشبيهاً بإحياء الميت. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الواو والياء (١٠/ ١٠٥، ١٠٧، ١٠٩) (حي)، فصل الميم، باب التاء (١/ ٥٨٧) (موت)، (الجرجاني، الشريف، علي بن محمد، «كتاب التعريفات» ص٢٣٦ (دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٦هـ).
أما في الاصطلاح: فالموات هو «ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر، قرب من العامر أو بعد»، وقال ابن عرفة: إحياء الموات «لقب لتعمير دامر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها» «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٣٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٦١). انظر: «الأحكام السلطانية» (الماوردي) ص١٧٧.

(٢) أخرجه الترمذي من طريق جابر بن عبد الله، أبواب الأحكام، باب ما ذُكر في إحياء أرض الموات (٢/ ٤١٩) (١٣٩٥) وقال: «هذا حديث حسن صحيح». والإمام أحمد، مسند جابر بن عبد الله (٣/ ٣٣٨)، (٣/ ٣٨١). وأخرجه البخاري تعليقاً عن عمر رضي الله عنه، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتا (٥/ ١٨).

(٣) قوله: (النوع) سقط من (ز)، (هـ).

ولم يَظهَرْ أنهـا دخلَت في يَدِ الـمسلمينَ بطريقِ الغنيـمةِ أو الفَيءِ حتى يجريَ حُكمُهما؛ ففي تَملُّكها بالإحياءِ (و) قولان؛ لتَعارُضِ أصل الإباحةِ وظاهرِ استيلاءِ المسلمينَ عليها.

ومعمورُ دارِ الحَرْبِ لا يُملَكُ إلا بما[١] (و) يُملَكُ به[٢] سائرُ أموالِهم، ومَوَاتُها التي لا يَذُبُّون المُسلمينَ عنها يَملِكُها المسلمون والكُفّارُ جميعاً بالإحياء، بخلافِ مَواتِ الإسلام؛ فإنّ الكُفّارَ لا يَملِكونها (ح) بالإحياء.

أما مَواتٌ يذُبُّون عنها فإذا استولى طائفةٌ عليها ففي اختصاصِ المُستولِينَ بها دُونَ الإحياءِ خلاف؛ قيل: إنهم يَملِكُون، وقيل: هم أولى بالتَّمَلُّكِ بإحيائه، وقيل: لا أثرَ لمجُرَّدِ الاستيلاءِ فيما ليسَ بمملوك).

أكثر أبواب «المختصر» في هذا الموضع إلى آخر الرُّبع في العطايا، إما من الشارع كما في إحياء الموات والمواريث[٣]، أو من الآدميين كالهبة[٤] والوصية.

والأصل في إحياء الموات: ما روي عن سعيد بن زيد[٥]، أن رسول الله ﷺ قال:

---

(١) في (ط العلمية): (كما).

(٢) قوله: (به) زيادة في (ز).

(٣) قوله: (والمواريث) سقط من (هـ).

(٤) في (ط العلمية) (الهبة).

(٥) سعيد بن زيد: سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل العدوي، ابن عم عمر بن الخطاب، وزوج أخته فاطمة. أحد العشرة المبشرين بالجنة، أسلم قبل دخول رسول الله ﷺ دار الأرقم. هاجر وشهد أحداً وما بعدها، ولم يشهد بدراً حيث لم يكن بالمدينة، وضرب له الرسول ﷺ بسهمه وأجره. كان طوالاً آدم أشعر، مجاب الدعوة، وله في ذلك قصة مشهورة مع أروى بنت أويس. شهد اليرموك وفتح الشام. توفي بالعقيق سنة (٥٠هـ). انظر: «الإصابة في تمييز الصحابة» (٢/ ٤٦) (٣٢٦١)، «أسد الغابة» (٣/ ٢٣٥ - ٢٣٧) (٢٠٧٥).

«من أحيا أرضاً ميتةً فهي له، وليس لِعرقِ ظالمٍ حقٌّ»[(١)]. وعن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ أنه قال: «من عمّر[(٢)] أرضاً ليست لأحدٍ فهو أحقّ بها»[(٣)]. وعن سمرة[(٤)] أنه ﷺ قال: «من أحاط حائطاً على أرضٍ فهي له»[(٥)]. وروي أنه ﷺ قال: «عاديُّ[(٦)] الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم منّي»[(٧)]. وروي: «موتان[(٨)] الأرض لله ورسوله، ثم

---

(١) أخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (٢/ ٤١٩) وقال: «حديث حسن غريب». وأبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات (٣/ ١٧٨) (٣٠٧٣).

(٢) عمّر: يقال عمر الخراب يعمره عمارة فهو عامر أي معمور. وأعمره المكان واستعمره فيه جعله يعمره. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤٢٢) (عمر).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» مسند عائشة (٦/ ١٢٠) واللفظ له. وأخرجه البخاري بلفظ «من أعمر»، كتاب الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً (٥/ ١٨) (٢٣٣٥).

(٤) من قوله: (عن النبي) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات (٣/ ١٧٩) (٣٠٧٧)، عن الحسن عن سمرة. والإمام أحمد، حديث سمرة بن جندب (٥/ ١٢). قال المنذري: «تقدم الكلام على اختلاف الأئمة في سماع الحسن عن سمرة» «مختصر سنن أبي داود» (٤/ ٢٦٦) (٢٩٥٣). قال ابن حجر: «أما رواية الحسن عن سمرة بن جندب ففي «صحيح البخاري» سماعاً منه لحديث العقيقة، وقد روي عن نسخة كبيرة غالبها في السنن الأربعة» «تهذيب التهذيب» (١/ ٥٤٤). انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٢) (١٢٩٢).

(٦) عاديّ: العاديّ الشيء القديم نُسب إلى عاد لتقدمه، ويقال عادي الأرض: ما تقادم ملكه. قال أبو عبيد: هو «كل أرض كان لها ساكن في آباد الدهر، فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس». انظر: «القاموس المحيط» باب الدال، فصل العين ص٣٠٢ (عود)، «تاج العروس» فصل العين، باب الدال (٢/ ٤٣٧ - ٤٣٨) (عود)، «الأموال» ص٣٥٤.

(٧) أخرجه (الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس) في «مسنده» من كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين ص٣٨٢ (الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ، بيروت، لبنان). وذكر ابن حجر أنه مرسل. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣) (١٢٩٣). وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمي يحييه (٦/ ١٤٣)، وأبو عبيد في «الأموال» ص٣٤٧ (٦٧٦).

(٨) موتان: فيه لغتان: سكون الواو، وفتحها مع فتح الميم، وهي الموات. انظر: «تاج العروس» فصل الميم، باب التاء (١/ ٥٨٧) (موت).

هي لكم منِّي أيها المسلمون»[١]. يعني المَوَات.

وهي: بفتح الميم والواو، وقال الخطّابي: وفيه لُغةٌ أخرى، وهي فتح الميم وتسكين الواو، فأما المُوْتان بضم الميم وسكون الواو، فهو الموت الذريع[٢].

فدلّت هذه الأخبار وما في معناها على حصول المِلك بالإحياء، وعلى جواز الإحياء.

ويدل على استحبابه ما رُوي عن جابر رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة، فله منه[٣] أجرٌ، وما أكله العوافي[٤] منها فهو له[٥] صدقة»[٦].

---

(١) أخرجه البيهقي بلفظ: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهي له» كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمي يحييه، لأن رسول الله ﷺ جعلها لمن أحياها من المسلمين (٦/ ١٤٣)، وقال: «تفرد به معاوية بن هشام مرفوعاً موصولاً». قال ابن حجر: «تفرد به معاوية متصلاً وهو مما أنكر عليه». و«قوله في آخره: «أيها المسلمون»، مدرج ليس هو في شيء من طرقه». وقال التركماني: «معاوية هذا، ذكره ابن الجوزي في كتابه في الضعفاء، وقال: روى ما ليس بسماعه فتركوه. وذكر غيره عن ابن معين قال: صالح وليس بذاك» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٢)، (التركماني، علاء الدين علي الماrديني، «الجوهر النقي» (في ذيل «السنن الكبرى» للبيهقي) (٦/ ١٤٣) (الطبعة الأولى ١٣٥٢هـ، دار الباز، مكة المكرمة).

(٢) المُوتان ـ بالضم ـ: موت يقع في الماشية والمال، مثله المُوات بالضم. انظر: «الصحاح» باب التاء، فصل الميم (١/ ٢٦٧) (موت)، «تاج العروس» فصل الميم، باب التاء (١/ ٥٨٧) (موت).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (فيه).

(٤) العوافي: جمع عافية، وهي طلاب الرزق من الدواب والطير، وأيضاً الأضياف. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الواو والياء (١٠/ ٢٤٨) (عفو).

(٥) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٦) أخرجه الإمام أحمد، مسند جابر بن عبد الله (٣/ ٣٠٤)، بلفظ: «فله منها يعني أجراً، وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة».

وأخرجه (ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان البستي) في «صحيحه» («الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان» لابن بلبان)، كتاب إحياء الموات، باب ذكر الخبر الدال على أن الذمي إذا أحيا أرضاً =

وقوله: (والمشتركات ثلاثة) أشار به إلى أن الأرض والأعيان الخارجة منها والمنافع المتعلِّقة برقبتها مخلوقة لمنافع سُكَّانها، والأصل فيها الاشتراك على معنى: أن لكل أحدٍ أن ينتفع بها، ثم يعرض[١] فيها الاختصاص بالمِلك وغيره بعد أن لم يكن.

ومقصود الكتاب: الكلام في رقاب الأرض، وفي منافعها، وفي الأعيان الخارجة منها، وبيان أنها كيف تملك ويحدث فيها الاختصاص؟

الباب الأول: في رقاب الأرض، وهي قسمان:

القسم الأول: أراضي بلاد الإسلام، ولها أحوال ثلاثة:

الحالة الأولى: ألاّ تكون معمورة في الحال، ولا من قبل، فيجوز تملُّكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام، أو لم يأذن، ويكفي إذن رسول الله ﷺ فيه.

وقال أبو حنيفة[٢]: لا بد من إذن الإمام فيه، وبه قال مالك[٣] رضي الله عنه فيما إذا كان الموضع قريباً من العمران يقع فيه المشاحّة.

ثم يختص ذلك بالمسلمين، وليس للذمِّي تملكها بالإحياء[٤]، ولا يأذن له

= ميتة لم تكن له (٧/ ٣٢٠) (٥١٨٢) (الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان).
وأخرجه (الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابن بهرام) في «سننه» كتاب البيوع، باب من أحيا أرضاً ميتةً فهي له (٢/ ٢٦٧) (دار الكتب العلمية).

(١) في (ي): (ويعرض).

(٢) هذا عند أبي حنيفة، لأن الموات غنيمة فلا بد للاختصاص به من إذن الإمام كسائر الغنائم.
وخالفه الصاحبان، لأنه مال مباح سبقت يده إليه، فيملكه كما في الحطب والصيد. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٤ – ١٩٥)، «الهداية» (١٠/ ٧٠)، «الاختيار» (٣/ ٦٧).

(٣) يشترط إذن الإمام فيما قرب من العامر، لنظر الإمام إن كان الإحياء يضر بأهل البلد أو لا. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٧٧)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٩)، «التاج والإكليل» (٦/ ١٠)، «مواهب الجليل» (٦/ ١١).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣١٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٩٠).

الإمام فيه[١]، ولو أذن له الإمام فأحياها لم يملك، وفي قوله ﷺ: «هي لكم منّي أيها المسلمون»، ما يقتضي التخصيص بهم.

وفيه وجه[٢]: أنه يملك إذا أذن له[٣] الإمام فيه؛ لأنه موضع الاجتهاد، وبهذا قال الأستاذ أبو طاهر.

وإذا قلنا بالأول، فلو كان له فيه عين مال فله نقله، فإن بقي بعد النقل أثر العمارة، قال القاضي ابن كج: إن أحياه مُحي بإذن الإمام ملكه، وإن لم يأذن فوجهان، وإن ترك العمارة متبرِّعاً، تولى الإمام أخذ غلّتها وصرفها إلى مصالح المسلمين، ولم يجز لأحدٍ تملكها.

وقال أبو حنيفة[٤] ومالك[٥] وأحمد[٦] رضي الله عنهم: الذمّي والمسلم في الإحياء سواء كما في الاحتطاب والاحتشاش[٧] والاصطياد في دار الإسلام.

والفرق عندنا: أن الحطب والحشيش والصيد يختلف، ولا يتضرر المسلمون بأن يتملكها الذمّي، بخلاف الأراضي[٨]. وكذلك للذمي نقل تراب موات دار الإسلام،

---

(١) «المهذب» (١٥/ ٢٠٥).

(٢) في (ط العلمية): (وجه آخر).

(٣) قوله: (له) سقط من (ط العلمية).

(٤) هذا عند الحنفية، لأن الإحياء سبب الملك، فيستوي فيه المسلم والذمي كسائر الأسباب. انظر «الهداية» (١٠/ ٧١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٥)، «الاختيار» (٣/ ٦٧).

(٥) عند المالكية: للذمي الإحياء عدا ما قرب من العامر في المشهور ولو بإذن الإمام. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٩)، «التاج والإكليل» (٦/ ١٢)، (الباجي، أبو الوليد سليمان ابن خلف الباجي) «المنتقى» (٦/ ٢٩) (دار الفكر العربي).

(٦) «الكافي» (٢/ ٤٣٦)، «الإنصاف» (٦/ ٣٥٧ - ٣٥٨).

(٧) قوله: (والاحتشاش) سقط من (هـ).

(٨) وأيضاً: فإن الغنيمة أعيان مباحة ولا يستوي فيها المسلم والذمي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٢٠).

إذا لم يتضرر به المسلمون. والمستأمن[١]، كالذمي في الإحياء وفي الاحتطاب[٢] ونحوه. والحربي[٣] ممنوع من جميع ذلك.

الحالة[٤] **الثانية**: إذا كانت معمورة في الحال، فهي لملاّكها، ولا مدخل فيها للإحياء؛ لأن الإحياء لإحداث الملك وهي مملوكة.

الحالة[٥] **الثالثة**: إذا لم تكن معمورة في الحال ولكنها كانت معمورة من قبل، فينظر: إن عُرِفَ مالكها فهي له أو لورثته، ولا تملك بالإحياء ولا بالعمارة[٦]. وإن لم يعرف، نُظر: إن كانت العمارة إسلامية، فهي إما لمسلم أو لذمّي، وحكمها حكم الأموال الضائعة. قال في «النهاية»[٧]: والأمر فيه إلى رأي الإمام، إن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه، وإن رأى باعه[٨] وحفظ ثمنه، وله أن يستقرضه على بيت المال. هذا ظاهر المذهب، وفيه خلاف سيأتي.

---

(١) المستأمن: يقال: استأمنه، طلب منه الأمان، واستأمن إليه دخل في أمانه. «المصباح المنير» (١/ ٢٥) (أَمِنَ).

وهو: الكافر من أهل الحرب يُسمح له بدخول دار الإسلام لا على وجه الاستيطان، وإنما لقضاء مصلحة من علم وعمل ونحو ذلك. (فلمبان، صباح بنت حسن إلياس) «القضايا الفقهية الناشئة عن اختلاطنا بأهل الكتاب» (١/ ١٠٦) (رسالة ماجستير ١٤١١هـ).

(٢) قوله: (وفي الاحتطاب) سقط من (ي).

(٣) الحربي: الحرب: المقاتلة والمنازلة، ودار الحرب: بلاد الكفر الذين لا صلح لهم مع المسلمين، «المصباح المنير» (١/ ١٢٧) (حَرِب).

(٤) قوله: (الحالة) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) قوله: (الحالة) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٢٣).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٨٢).

(٨) في (ط العلمية): (بيعه).

وعند أبي حنيفة[١]: يجوز تملّكها بالإحياء؛ لأنها باندراس العمارة عادت مواتاً.

وعن مالك[٢] مثله، وعنه: أنه إن تركها مختاراً عادت مواتاً، وإن خربت بموته أو غيبته فلا.

وإن كانت العمارة جاهلية فقولان، ويقال: وجهان[٣]:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنها لا تملك بالإحياء؛ لأنها كانت مملوكة والموات ما لم يجر عليه ملك. ولأنه يجوز أن يكون ملكاً لكافر لم تبلغه الدعوة.

وأصحهما: أنها تملك[٤]؛ لقوله ﷺ: «عادي الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم منّي»[٥].

---

(١) عند أبي حنيفة: الأرض الخربة وإن كانت مملوكة في الإسلام لكن لا يعرف لها مالك بعينه، هي موات يملكها من يحييها.
وعند محمد: حكمها حكم اللقطة، بمعنى أنها تكون لجماعة المسلمين، ولو ظهر لها مالك تُرد عليه ويضمن الزارع نقصانها. انظر: «الهداية» (١٠/ ٦٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٣)، «الفتاوى الهندية» (٥/ ٣٨٦)، «الفتاوى البزازية» (٦/ ١٢٤).

(٢) هذا عند المالكية: إن كانت الأرض مملوكة عن طريق الإحياء، بناء على أن مَنْ ملك المباح ثم خرج عن يده حتى عاد إلى أصله، فإنه لمن يملكه بعده، كالصيد يخرج من يد صائده فيلحق بالوحش فهو لمن صاده بعده. وهذا قول ابن القاسم.
وقال سحنون: لا تخرج من يده، لتعطيله لها، وإن عمّرها غيره فالأول أحق بها.
وهذا في حال طول زمان اندراس الأرض المحياة.
فإن كان قبل ذلك وأحياها آخر، لم يملكها إلا حال سكوت الأول مع علمه بإحياء غيره، وحلفه «أن تركه لها إعراضاً عنها، وأنه على نية إعادتها».
أما الأرض الخربة المملوكة عن مالك، لا يرتفع ملك مالكها باندراسها اتفاقاً. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٧٧)، «المنتقى» (٦/ ٣٠ - ٣١)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٦ - ٦٧)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٢ - ٣).

(٣) قال الماوردي: «وجهان» «الحاوي» (٩/ ٣٢١).

(٤) كذا صححه في «التهذيب» (٤/ ٤٨٩).

(٥) سبق تخريجه ص١٢٧ من هذا الجزء.

ولأن الركاز[1] يملك مع كونه مملوكاً لأهل الجاهلية، فكذلك الأراضي.

وعن ابن سريج وغيره: رفع الخلاف، وتنزيل الجوابين على حالين: إن بقي أثر العمارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة، لم يملك بالإحياء. وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها، ملكت.

ثم عمّم صاحب «التهذيب»[2] وآخرون هذا الخلاف، وفرّعوا على قول المنع: أنها إن أخذت بقتال فهي للغانمين، وإلا فهي من[3] أراضي الفيء[4].
وقال الإمام[5]: موضع الخلاف ما إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه ودخوله تحت أيديهم. أما إذا علمت، فإن دخلت في أيديهم بقتال، فهي للغانمين، وإلا فهي فيء، وحصة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يعرف.

وطرد طاردون الخلاف فيما إذا كانت العمارة إسلامية، ولم يعرف مالكها[6] وقالوا: هي كلقطة لا يُعرف مالكها. والأكثرون فرّقوا بين ما إذا كانت لكافر، وبين

---

(١) الركاز: المال المدفون في الجاهلية، ويقال هو المعدن. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٣٧) (ركزت).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٨٩ - ٤٩٠).

(٣) قوله: (من) سقط من (ي).

(٤) الفيء: أصله من قولهم: فاء الرجل يفيء فيئاً، إذا رجع. انظر: «المصباح المنير» كتاب الفاء (٢/ ٤٨٦) (فاء).
واصطلاحاً: هو كل مال فاء إلى المسلمين من الكفار بغير إيجاف خيل وركاب، وسمي بذلك لرجوعه من الكفار إلى المسلمين. انظر: «الوجيز» وما سيرد (١٢/ ٤٧٧)، «مغني المحتاج» (٣/ ٩٢).
وأراضي الفيء هي: أولاً: الأراضي التي جلا عنها أهلها، وحصلت للمسلمين بغير قتال.
ثانياً: الأراضي التي صولح أهلها الكفار على الإقامة فيها، على أن ينزلوا عن ملكها للمسلمين.
ويُضرب على القسمين الخراج، ويكون أجرة تُقر على الأبد. انظر: «الأحكام السلطانية» (الماوردي) ص١٤٧، ١٧٢.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٨٣).

(٦) قوله: (ولم يعرف مالكها) سقط من (هـ).

ما إذا كانت لمسلم كما قدّمنا، واحتجّوا له بما رُوي أنه ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم، فهي له»[١].

والقسم الثاني: أراضي بلاد الكفر ولها أحوال:

الحالة الأولى: إذا كانت معمورة: فلا مدخل للإحياء فيها، بل هي كسائر أموال الكفّار، فإن استولينا عليها بقتال أو بغير قتال، لم يخف حكمه.

الحالة الثانية: إذا لم تكن معمورة في الحال، ولا من قبل، فيملكها الكفّار بالإحياء.

وأما المسلمون فيُنظر: إن كان مواتاً لا يذبّون المسلمين عنها، فلهم تملكها بالإحياء أيضاً، ولا تُملك بالاستيلاء؛ لأنها غير مملوكة لهم حتى تُملك عليهم. وإن كان مواتاً يذبون المسلمين عنه، لم تُملك بالإحياء، كالمعمور من بلادهم. فإن استولينا عليه، ففيه وجوه[٢]:

أصحها: أنه يفيد اختصاصاً كاختصاص المتحجر[٣]؛ لأن الاستيلاء أبلغ منه، وعلى هذا فسيأتي خلاف في أن الأحقية بالتحجر هل يفيد جواز البيع؟ إن قلنا: نعم، فهو غنيمة كالمعمور. وإن قلنا: لا، وهو الأصح، فالغانمون أحق بإحياء أربعة أخماسه، وأهل الخمس[٤] أحق بإحياء خمسه.

---

(١) أخرجه البيهقي، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حقّ أحد فهي له (٦/ ١٤٢). وأخرجه الطبراني في «الكبير» عن عمرو بن عوف بن ملحة المزني (١٧/ ١٣ - ١٤) (٤).
قال الهيثمي: «رواه الطبراني في «الكبير» وفيه كثير بن عبد الله وهو ضعيف» «مجمع الزوائد» (٤/ ١٦٠).

(٢) أطلقها في «الوسيط» (٤/ ٢١٩).

(٣) المتحجر: يقال: احتجر الأرض وحجرها، أي ضرب عليها مناراً، أو أعلم علماً في حدودها للحيازة يمنعها به عن الغير. والحجر: المنع من التصرف. «تاج العروس» فصل الحاء، باب الراء (٣/ ١٢٣، ١٢٧) (حجر).

(٤) أهل الخمس: هم الذين أشير إليهم في قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الحشر: ٧]. انظر ما سيرد (١٢/ ٤٨٢) وما بعدها.

فإن أعرض الغانمون عن إحيائه، فأهل الخمس[١] أحق به؛ لأنهم شركاء الغانمين، وكذا لو أعرض بعض الغانمين، فالباقون أحق به. وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً، ملكه من أحياه من المسلمين[٢].

والثاني: أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور؛ لأنهم حيث منعوا منه[٣]، فكأنهم تملكوه[٤]. على أنه يجوز أن يُملك بالاستيلاء ما لم يكن مملوكاً كالذراري والنسوان.

والثالث: أنه لا يفيد الملك ولا التحجر؛ لأنه لم يوجد عمل[٥] يظهر في الموات، فعلى هذا، هو كموات دار الإسلام من أحياه ملكه.

الحالة الثالثة: إذا لم تكن معمورة في الحال، لكنها كانت معمورة من قبل، فإن عُرف مالكها فهي كالمعمورة، وإلا ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج المذكورتان فيما إذا كانت العمارة جاهلية، في القسم الأول.

وإذا فتحنا بلدة صلحاً على أن تكون لنا، وهم يسكنون بجزية، فالمعمور منها فيء، ومواتها الذي كانوا يذبون عنه، هل يكون متحجراً لأهل الفيء؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم، وعلى هذا فهو فيء في الحال، أو يحبسه الإمام لهم؟ فيه وجهان، أصحهما: الثاني.

وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم، فالمعمور لهم[٦]، والموات يختصّون بإحيائه[٧]، كما أن موات دار الإسلام يختص به المسلمون تبعاً للمعمور.

---

(١) من قوله: (بإحياء خمسه) إلى هنا سقط من (هـ).
(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٩٥).
(٣) في (هـ): (عنه).
(٤) في (ط العلمية): (يملكونه).
(٥) في (ط العلمية): (منه عمل).
(٦) قوله: (فالمعمور لهم) سقط من (هـ).
(٧) «لأن الموات تابع للبلد» «المهذب» (١٥/ ٢٠٥).

وعن القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب»: أنه[١] إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح[٢].

قال في «التهذيب»[٣]: والبِيَعُ[٤] التي للنصارى في دار الإسلام لا تملك عليهم، فإن تفانوا[٥] فهي كما لو مات ذمّي في دار الإسلام ولا وارث له، فيكون فيئاً.

ونعود بعد هذا إلى ما يحتاج إلى التعرض له في لفظ الكتاب.

قوله: (والموات: كلُّ مُنفَكٍّ عن اختصاص)، لا يعني به جميع الاختصاصات، فإن بقعة ما لا تنفك عن جميع الاختصاصات؛ لأنها إن كانت في دار الإسلام فلها اختصاص بالمسلمين من حيث إنها في قبضة الإمام. وإن كانت في دار الحرب فكذلك. وإنما أراد الاختصاصات الستة التي ذكرها.

ثم أخذ الانفكاك عنها في تفسير[٦] الموات يخالف اصطلاح الأصحاب واستعمالاتهم، فإنهم لا يعتبرون في تفسيره إلا الانفكاك عن الملك والعمارة، ويجعلون الانفكاك عن سائر الاختصاصات من شروط التملك بالإحياء.

وقوله: (فلا يُتملّكُ معمور)، لم يرد به[٧] ما هو معمور في الحال؛ لقوله:

---

(١) قوله: (أنه) سقط من (هـ).

(٢) في (ط العلمية): (شرطناه لهم في الصلح).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٨٩).

(٤) البيع ـ بالكسر كعنب ـ: جمع، مفردها بيعة بالكسر، وهي متعبد النصارى، وقيل كنيسة اليهود. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب العين (٦/ ٢٨٥) (باع).

(٥) كذا في (ي)، (ز)، (هـ)، وفي (ط العلمية): (فنوا).
وهو من الفناء ضد البقاء، يقال: أفناه غيره، وفنى فلان يفنى إذا هرم، أو أشرف على الموت، ومنه الشيخ الفاني، وتفانوا أي أفنى بعضهم بعضاً في الحرب. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب الواو والياء (١٠/ ٢٨٤) (فنى).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (تعيين).

(٧) قوله: (به) سقط من (هـ).

(وإن اندرست العمارة)، وإنما المراد ما عرضت له العمارة في الجملة. ويجوز أن يُعلم بالواو؛ لأنه لم يستثن إلا إذا كانت العمارة جاهلية، وأجاب بالمنع في غيرها على ما هو ظاهر المذهب. وقد عرفت أن بعضهم طرد الخلاف فيما إذا كانت العمارة إسلامية، واندرست[1]، ولم يعلم المالك.

وقوله: (ولم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين) إلى آخره، أراد به ما حكيناه عن الإمام[2] من تخصيص القولين بما[3] إذا لم يعلم كيفية دخولها في يد المسلمين.

ويجوز إعلام قوله: (قولان)، بالواو؛ للطريقة التي نزلت[4] الجوابين على الحالين.

وقوله في توجيه القولين: (لتعارض أصل الإباحة وظاهر استيلاء المسلمين عليه)، فيه شيء؛ وذلك لأن المسألة موضوعة في العمارة الجاهلية، التي هي في دار الإسلام وقبضة الإمام، ألا تراه يقول: (ولم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمة أو الفيء)، جعل[5] المجهول كيفية دخولها في يد المسلمين.

أما أصل الدخول فهو معلوم، وحينئذ فقوله: (وظاهر استيلاء المسلمين عليه)، إن أراد به استيلاء اليد والتمكن من التصرف، فليس ذلك ظاهراً، بل هو حاصل معلوم. وإن أراد استيلاء التملك والعمارة، فظهوره ممنوع، وكيف والمسألة مصورة فيما إذا علم أنها لم تعمر إلا عمارة جاهلية.

وقوله: (ومعمور دار الحرب لا يملك إلا بما يملك به سائر أموالهم)، يقتضي تملكه بما يتملك به سائر أموالهم فيئاً كان أو غنيمة.

---

(١) في (ط العلمية): (وقد اندرست).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٨٣).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (فيما).

(٤) في (ط العلمية): (تولت).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (وجعل).

لكن لو وقع في جملة الفيء أرض، ففي تملكها خلاف مذكور في قسمة الفيء[١]، فيجوز أن يعلم، لذلك قوله: (إلا بما يملك به سائر أموالهم)، بالواو لذلك.

وقوله: (فإن الكافر لا يملكها بالإحياء)، معلم بالحاء والميم والألف.

قال:

(الثاني: حَريمُ[٢] العِمارة لا يُملَك. وأهلُ الحربِ[٣] إذا قُرِّروا في بلدةٍ بصُلحٍ فلا يُحيا (و) ما حَوالَيها مِن المَوات.

وسائرُ القرى للمسلمينَ لا يُحيي ما حَوالَيها؛ مِن مُجتَمع النادي[٤]، ومُرتكَضِ[٥] الخَيل، ومَلعَبِ الصِّبيان، ومُناخ[٦] الإبل، وما يُعدُّ مِن حدودِ مَرافقِهم[٧].

---

(١) انظر ما سيرد (١٢/ ٥١٧) وما بعدها.

(٢) حريم: «حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومرافقه، سُمي بذلك لأنه يَحرُم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به» «المصباح المنير» (١/ ١٣٣) (حرم).

(٣) في (ط العلمية): (وأهل دار الحرب).

(٤) النادي: مشتق من ندا القوم ندّوا أي اجتمعوا، والنادي مجلس القوم ومتحدثهم، وجمعه أندية. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٩٨) (نَدَا).

(٥) مرتكض: الركض تحريك الرجل، وهو أيضاً: استحثاث الفرس للعدو برجله واستجلابه إياه. يقال ركض الدابة يركضها ركضاً ضرب جنبيها برجله، ثم كثر حتى قيل ركض الفرس إذا عدا. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب الضاد (٥/ ٣٥) (ركض)، «المصباح المنير» (١/ ٢٣٧) (ركض).

(٦) مُناخ ـ بالضم ـ: مبرك الإبل وهو الموضع الذي تناخ فيه. انظر: «تاج العروس» فصل الواو، باب الخاء (٢/ ٢٨٤) (نوّخ).

(٧) مرافق: جمع مرفق بفتح الفاء وكسرها، وهو ما ارتفقت به أي انتفعت، وقد تقدم معنى الارتفاق. انظر: «الصحاح» باب القاف، فصل الراء (٤/ ١٤٨٢) (رفق)، «المصباح المنير» (١/ ٢٣٤) (رفق).

وأما الدار؛ إن كانت في مَوات: فحَريمُها: مَطرَحُ[١] الترابِ والثلج، ومَصَبُّ الميزاب، والمَمرُّ في صَوبِ الباب. وإن كانت في مِلْك: فلا حَريمَ (و) لها؛ إذ الأملاكُ مُتعارِضة، ولكلِّ واحدٍ أن يتصرَّف في مِلْكِه بحسبِ العادة، فإن تَضـرَّرَ صاحبُه فلا ضمان. ولو اتُّخِذَ حانوتُ[٢] حدّادٍ أو قَصّارٍ أو حمّامٌ على خلافِ العادةِ ففي منعِه خلاف ولو كان لا يتأذّى المالكُ إلا بالريح ـ كالمَدْبَغ ـ فالظاهر (و): أنه لا يَمنعُه[٣] منه.

أما البئرُ في المَوات: فحَريمُها: موضعُ النَّزْح[٤]، والدُّولاب[٥]، ومُتردَّدُ البهيمة. وإن كان قَناة[٦]: فما حَواليَها مما يُنقِصُ ماءَها لو حُفِر. وقيل: إنه لا يُمنَعُ مما يُنقِصُ إذاً جاوزَ حَريمَ البئر).

---

(١) مطرح: يقال طرحه يطرحه طرحاً رماه وأبعده. انظر: «تاج العروس» فصل الطاء، باب الحاء (٢/ ١٨٩) (طرح).

(٢) الحانوت: والحانية والحاناة: الدكان، وقد غلب على دكان الخمار. والحانوت يذكر ويؤنث. وقيل هو فاعول من حنوت. والدكان كرُمّان: هي المتجر، كما تطلق على الدكة المبنية للجلوس عليها. انظر: «القاموس المحيط» باب التاء، فصل الحاء ص١٥٠ (الحانوت)، «تاج العروس» فصل الحاء، باب الواو والياء (١٠/ ١٠١) (حنو)، وأيضاً (١/ ٥٣٩) (حانوت)، فصل الدال، باب النون (٩/ ٥٣٩) (دكن)، «المعجم الوسيط» (١/ ٣٠٢) (الدكان).

(٣) كذا في (ز)، وفي (هـ)، (ط العلمية): (يمنع).

(٤) النزح: يقال نزح البئر ينزحها نزحاً، أي استقى ماءها حتى ينفد أو يقل. «تاج العروس» فصل النون، باب الحاء (٣/ ٢٣٦) (نزح).

(٥) الدولاب: الناعورة وهي التي يُستقى بها يديرها الماء ولها صوت. وسُمي الدولاب ناعورة لنعيره، والنعير الصراخ والصياح. والدولاب عند العامة الساقية. انظر: «تاج العروس» فصل الدال، باب الباء (١/ ٢٤٧) (دلب)، فصل النون، باب الراء (٣/ ٥٧٦) (نعر).

(٦) القناة: هي مجرى الماء سواءً ضيقاً أم واسعاً، والمقصود هنا: مجموعة من القنوات الرأسية يربط =

الغرض الأصلي من الفصل: بيان أن حريم العمارة لا يملك بالإحياء، ثم اختلط به القول في حريم الأملاك، فهما جملتان: أما الأولى: فحريم المعمور لا يملك بالإحياء كنفس المعمور[١]؛ لأن مالك المعمور استحق باستحقاقه المواضع التي هي من مرافقه.

وهل نقول بأنه يملك تلك المواضع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الملك يحصل بالإحياء ولم يوجد فيها إحياء.

وأصحهما: نعم، وبه قال القاضي أبو الطيب، كما يملك عرصة[٢] الدار ببناء الدار[٣]، وإن[٤] لم يوجد في نفس العرصة إحياء. وأيضاً: فالإحياء تارة يكون بجعله معموراً، وتارة يكون بجعله تبعاً للمعمور.

ولو باع المالك[٥] الحريم دون الملك، فحاصل جواب الشيخ أبي عاصم العبّادي: منعه[٦]، كما لو باع شرب الأرض وحده، وهو الرواية عن أبي حنيفة[٧].

= بينها قناة عرضية في باطن الأرض، ويطلقون عليها سابقاً لفظ كَظِيمَة، وهي التي تُحفر في الأرض تجري بها المياه، وهي الآبار التي تحفر في الأرض متتابعة بينها مجرى في بطن الأرض ليستخرج ماؤها ويسيح على وجه الأرض. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الواو والياء (١٠/ ٣٠٤) (قنو)، «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٩٤). انظر في معنى «كظيمة»: «القاموس المحيط» باب الميم، فصل الكاف ص١١٥٥ (كظم).

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٠٥).

(٢) عرصة الدار: العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. سميت بذلك لاعتراص الصبيان فيها، أي: لعبهم ومرحهم. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الصاد (٤/ ٤٠٥ -٤٠٦) (عرص).

(٣) قوله: (ببناء الدار) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (وإن) سقط من (ط العلمية).

(٥) قوله: (المالك) سقط من (ي).

(٦) في (ط العلمية): (معه).

(٧) لا يجوز بيع الشرب دون الأرض، لأنه من حقوق المبيع وللجهالة. =

قال: ولو حفر اثنان بئراً على أن يكون نفس البئر لأحدهما، وحريمها للثاني، لم يجز، وكان الحريم لصاحب البئر وللآخر أجرة عمله.

الجملة[١] **الثانية**: بيان الحريم: وهي المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما، وفيه صور:

إحداها: ذكرنا في الفصل السابق أن الكفار إذا قرّروا في بلدة لهم صلحاً، لم يجز للمسلمين إحياء مواتها الذي يذبّون عنه، فهو من حريم تلك البلدة ومرافقها.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فلا يُحيا ما حواليها من الموات)، بالواو؛ لوجه ذكرناه هناك.

الثانية: حريم القرى المحياة: ما حواليها من مجتمع النادي، ومرتكض الخيل ومُناخ الإبل، ومطرح الرماد والسماد، وسائر ما يعد من مرافقها[٢].

وأما مرعى البهائم، قال الإمام[٣]: إن بَعُدَ من القرية، لم يكن من حريمها. وإن قرب ولم يستقل مرعى ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الإبعاد؛ فعن الشيخ أبي علي: ذكر خلاف فيه. والظاهر عند الإمام[٤]: أنه ليس من حريمها أيضاً. ولم يتعرض لما يستقل مرعى وهو قريب من القرية، ويشبه أن يقطع بكونه من الحريم.

= وقال بعض الحنفية: يجوز، للعرف. انظر: «المبسوط» (١٤/ ١٣٧ - ١٣٨)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨٩)، «تكملة فتح القدير» (١٠/ ٨٧).

(١) قوله: (الجملة) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) انظر «التهذيب» (٤/ ٤٩٠).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٢٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٥).

وعند صاحب «التهذيب»[1]: مرعى البهائم من حقوق القرية مطلقاً، والمحتطب كالمرعى.

الثالثة: حريم الدار في الموات: مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج والممر في الصوب[2] الذي فتح إليه الباب، وليس المراد منه استحقاق الممر في قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوز لغيره إحياء ما في[3] قبالة الباب، إذا أبقى له الممر، فإن احتاج إلى انعطاف وازورار، فعل. وعد جماعة من الأصحاب ـ منهم القاضي ابن كج ـ فناء الدار[4] من حريمها[5] وقال ابن الصباغ: عندي أن حيطان الدار لا فناء لها ولا حريم.

ولو أراد مُحيٍ أن يبني بجنبها، لم يلزمه أن يبعد عن فنائها. نعم، يمنع مما يضر بالحيطان، كحفر البئر بقربها.

الرابعة: البئر المحفورة في الموات: حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح وموضع الدولاب[6] ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما، ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٩٠).

(٢) الصوب: الجهة والقصد. انظر: «القاموس المحيط» باب الباء، فصل الصاد ص١٠٦ (الصوب)، «المعجم الوسيط» (١/ ٥٤٧) (الصوب).

(٣) قوله: (في) سقط من (ز).

(٤) فناء الدار: ما اتسع من أمامها، أو ما امتد من جوانبها، أو هو سعة أمام الدار. والجمع أفنية. سمي بذلك، لأن الدار هناك تفنى، لأنك إذا تناهيت إلى أقصى حدودها فنيت. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب الواو والياء (١٠/ ٢٨٤ - ٢٨٥) (فنى).

(٥) قال الماوردي: «وإن كان المحيا داراً، فحريمها طريقها وفناؤها» «الحاوي» (٩/ ٣٣٦).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (الدواب).

ما يخرج منه، وكل ذلك غير محدود، وإنما هو بحسب الحاجة. كذا قاله الشافعي والأصحاب[١]. ومن الأصحاب من قال: حريم البئر قدر عمقها من كل جانب.

وعن أبي حنيفة[٢] أو[٣] بعض أصحابه: أن حريم البئر أربعون ذراعاً[٤]، وحريم العين خمسمئة ذراع؛ لما روي عن عبد الله بن مغفل: أن النبي ﷺ قال: «من احتفر بئراً، فله أربعون ذراعاً حولها لعطن[٥] ماشيته»[٦].

وقال أحمد[٧]: حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً، إلا أن تكون عادية[٨]

---

(١) قوله: (كذا قاله الشافعي والأصحاب) زيادة في (ز).
قال الشافعي: «وله مرافقها التي لا يكون صلاحها إلا بها» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣١). انظر «الحاوي» (٩/ ٣٣٦)، «المهذب» (١٥/ ٢١٤)، «التهذيب» (٤/ ٤٩١)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٨٣).

(٢) «الهداية» (١٠/ ٧٣ – ٧٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٥).

(٣) قوله: (أبي حنيفة أو) سقط من (ز).

(٤) الذراع ـ بالكسر ـ: طرف المرفق إلى طرف الأصبع الوسطى، وهي الساعد، وهي تساوي (٤٦,٢ سنتيمتراً). انظر: «القاموس المحيط» باب العين، فصل الذال ص٧١٦، «المقادير في الفقه الإسلامي» ص٦٩.

(٥) العطن ـ محركة ـ: وطن الإبل، وقد غلب على مبركها حول الحوض. وأيضاً: هو مربض الغنم حول الماء. ويقال: أعطنها، أي سقاها ثم أناخها وحبسها عند الماء فبركت بعد الورود لتعود فتشرب. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب النون (٩/ ٢٧٩) (عطن).

(٦) أخرجه ابن ماجه بلفظ آخر، كتاب الرهون، باب حريم البئر (٢/ ٨٣١) (٢٤٨٦). قال ابن حجر: «في سنده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف»، وقال الزيلعي: «وأما تضعيفه بإسماعيل بن مسلم فقد تابعه أشعث كما أخرجه الطبراني في معجمه...»؛ ينظر «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣)، «نصب الراية» (٤/ ٢٩١)، «البدر المنير» (٧/ ٦٢).

(٧) «المحرر» (١/ ٣٦٨)، «الإنصاف» (٦/ ٣٦٩ – ٣٧٠).

(٨) العادية: البئر القديمة، والعادي هو الشيء القديم، نسبة إلى عاد قوم هود عليه السلام، كما يقال: البئر العادية، هي البئر المحكمة الطي الكثيرة الماء. انظر: «الصحاح» باب الدال، فصل العين (٢/ ٥١٥) (عود)، «تاج العروس» فصل العين، باب الدال (٢/ ٤٣٧ – ٤٣٨) (عود).

فيكون حريمها خمسين ذراعاً[١]؛ لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «حريم البئر البَـدِيء[٢] خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً»[٣]، و البِـدِيء هو البئر التي أحدثت في الإسلام ولم تكن عادية[٤]. هكذا قاله في «الصحاح»[٥].

والشافعي[٦] رضي الله عنه لم ير التحديد، وحمل اختلاف الروايات على اختلاف القدر المحتاج إليه، ويحكى مثله عن مالك[٧].

وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات.

وعن أبي حنيفة[٨] ـ فيما ذكر أبو الفرج السرخسي ـ: أنه لا حريم للنهر أصلًا.

---

(١) من قوله: (إلا أن) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) البـَدِيء – بالهمزة، وبغيرها وهو أكثر في كلامهم ـ: بوزن البديع، أصلها من بدأ الشيء إذا حدث، وأبدأته أحدثته، وبدا البئر إذا احتفرها فهي بديء أي حادثة، وهي خلاف العادية القديمة. انظر: «النهاية في غريب الحديث» (١/ ١٠٤) «المصباح المنير» (١/ ٤٠) (بدا)، «تاج العروس» فصل الباء، باب الواو والياء (١٠/ ٣٣) (بدو).

(٣) أخرجه الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام (٤/ ٢٢٠) (٦٣)، وقال: «الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم». قال ابن حجر: «وفي سنده محمد بن يوسف المقري، وهو متهم بالوضع» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣) (١٢٩٨). وأخرجه أبو داود في «المراسيل»، كتاب القضاء، في الحريم ص١٧٥ (٣٦٢).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (العادية).

(٥) «الصحاح» (١/ ٣٥) (بدأ).

(٦) قال الشافعي: «وإن كان له عين ماء أو بئر حفرها أو ساقه منها من نهر إليها فقد أحياها، وله مرافقها التي لا يكون صلاحها إلا بها». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣١).

(٧) «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٧)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣)، «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٧٣).

(٨) «الهداية» (١٠/ ٧٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٥).

وأما القناة فآبارها لا يستقى منها حتى يعتبر به الحريم، فحريمها القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها، أو خيف منه انهيار وانكباس[١]، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

وحكى صاحب الكتاب وجهاً آخر لم يذكره في «الوسيط»: أن حريمها حريم البئر التي يستقى[٢] منها، ولا يمنع من الحفر بعدما جاوزه وإن نقص.

هذا ما أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه، والصائرون إليه قالوا: لو جاء آخر وتنحّى عن المواضع التي عددناها حريماً، وحفر بئراً ينقص ماء الأولى[٣]، لم يمنع منه وهو خارج عن حريم البئر[٤].

وفيه وجه آخر، وهو الأظهر: أنه ليس لغيره الحفر، حيث ينقص ماؤها، كما ليس لغيره أن يتصرّف قريباً من بنائه بما يضر به. ويخالف ما إذا حفر بئراً في ملكه، فحفر جاره بئراً في ملكه، فنقص ماء الأولى حيث[٥] يجوز.

قال ابن الصباغ: والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك، فلا يمكّن منه إذا تضرّر الغير، وهاهنا كل واحد منهما متصرّف في الملك[٦].

---

(١) انكباس: يقال: كبس البئر والنهر يكبسهما كبساً، أي طمهما وردمهما وطواهما بالتراب. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب السين (٤/ ٢٢٩) (كبس).

(٢) في (ط العلمية): (يُستسقى).

(٣) في (ط العلمية): (الأول).

(٤) لأنه لا حق للأول فيما جاوز حريم ملكه، وتصرف الثاني كان في موات لا حق لغيره فيه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣٧)، «المهذب» (١٥/ ٢١٥).

(٥) في (ط العلمية): (فإنه).

(٦) في (ز): (ملكه).

وعلى هذا، فذلك الموضع داخلٌ في حريم البئر أيضاً، وما حكمنا بكونه حريماً، فذلك إذا انتهى الموات إليه، فإن كان الموضع مملوكاً قبل تمام حد الحريم، فالحريم إلى حيث ينتهي حد[1] الموات.

واعلم أن جميع ما فصّلناه في حريم الأملاك مفروض فيما إذا كان الملك محفوفاً بالموات أو متاخماً له من بعض الجوانب.

فأما الدار الملاصقة[2] للدّور فلا حريم لها؛ لأن الأملاك متعارضة وليس جعل موضع حريماً لدار أولى من جعله حريماً للأخرى[3].

وكل واحد من الملاك يتصرّف في ملكه على العادة، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف. نعم، لو تعدّى ضمن.

والقول في تصرّف المالكين المتجاورين، ما الذي يجوز منه وما الذي لا يجوز؟[4] وبم يتعلّق الضمان منه؟ ما قد[5] سبق في كتاب الصلح[6]، ومنه ما سيأتي في خلال الديات[7]، إن شاء الله تعالى.

والمذكور من هذا الأصل هاهنا: أنه لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمّاماً أو إصطبلاً أو طاحونة، أو حانوته في صف العطّارين، حانوت حدّاد أو قصّار على خلاف العادة، ففيه وجهان:

---

(١) قوله: (حد) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) في (ز): (المتلاصقة).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٢٠).

(٤) في (ط العلمية): (بما يجوز منه وما لا يجوز).

(٥) قوله: (قد) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) انظر ما سلف (٧/ ٣٣٦) وما بعدها.

(٧) انظر ما سيرد (١٨/ ٢٥٢).

أحدهما ـ وبه قال أحمد[١] ـ: أنه يُمنع؛ لما فيه من الضّرر.

وأظهرهما: الجواز؛ لأنه متصرِّف في خالص ملكه وفي منعه إضرارٌ به، وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران[٢] بحيث يليق بما يقصده[٣].

فإن فعل ما الغالب فيه[٤] ظهور الخلل في حيطان الجار[٥]، فأظهر الوجهين: المنع، وذلك كما إذا كان يدقُّ الشّيء في داره دقّاً عنيفاً تنزعج[٦] منه الحيطان، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار.

ولو اتخذ داره مدبغة أو حانوته مخبزاً حيث لا يعتاد: فإن قلنا: لا يمنع في الصورة السابقة، فهنا أولى. وإن قلنا: يمنع، فهاهنا تردد للشيخ أبي محمد؛ لأن الضرر هاهنا من حيث التأذّي بالدُّخان والرائحة الكريهة[٧]، وأنّه أهون.

وإذا جمعت بين الصور، قلت، فيها ثلاثة أوجه، ثالثها: الفرق بين أن يخاف منه خلل في الأملاك، وبين أن يكون المحذور تأذي الملاك. واختار القاضي الروياني في «الحِلية»: أن يجتهد الحاكم فيها، ويمنع إذا ظهر له[٨] التعنُّت، وقصد الفساد. قال: وكذلك القول في إطالة البناء، ومنع الشمس والقمر.

---

(١) «المحرر» (١/ ٣٤٣).

(٢) في (هـ): (أحاط فأحكم الجدران)، وفي (ي)، (ط العلمية): (احتطاط).

(٣) وبه قال العراقيون. انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٢٠).

(٤) في (ي)، (هـ): (منه).

(٥) في (ز): (الجدار).

(٦) في (ط العلمية): (تتزعج).

(٧) قوله: (الكريهة) سقط من (هـ).

(٨) قوله: (له) سقط من (ز).

ولو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها بئر ماء الجار، فهو مكروه لكنّه لا يُمنع منه ولا ضمان عليه بسببه[١]، خلافاً لمالك[٢]، وعن القفال موافقته.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (وإن كانت في ملك، فلا حريم لها)، بالميم؛ لأن الرواية عن مالك[٣] أن لها حريماً بقدرها. هذا بيان الجملتين.

ولا منع[٤] في إحياء ما وراء الحريم، قرب أو بعد؛ لأن النبي ﷺ «أقطع عبدالله بن مسعود الدور، وهي بين ظهراني عمارة الأنصار من المنازل، والنّخيل»[٥]، والدور يقال: إنه اسم موضع، ويقال: إنه أقطعه تلك البقعة ليتّخذها دُوراً. وعن مالك[٦]: أن الموات القريب من العمران لا يُحييه إلا أهل العمران.

ويروى عن أبي حنيفة مثله مع تحديد القرب بقدر صيحة من كل جانب، وربما نُسب ذلك إلى أبي يوسف[٧].

---

(١) في (ي): (به).

(٢) «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٧٧-٣٧٨)، «تبصرة الحكام» (٢/ ٣٦٣)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص٤٩٢.

(٣) عند المالكية: لا تختص الدار المحفوفة بالأملاك بحريم يُمنع من الانتفاع بها غير صاحبها، بل لكل من الجيران الانتفاع بذلك. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٧ - ٦٨)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣).

(٤) في (ز)، (هـ): (من).

(٥) أخرجه البيهقي بلفظ آخر، كتاب إحياء الموات، باب سواءٌ كلُّ موَاتٍ لا مالكَ له أينَ كانَ (٦/ ١٤٥) من طريق يحيى بن جعدة. قال ابن حجر: «وهو مرسل، ولا يقال لعلّ يحيى سمعه من ابن مسعود، فإنه لم يدركه» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣) (١٢٩٩). وأخرجه الطبراني في «الكبير» مسند عبد الله بن مسعود (١٠/ ٢٧٤) (١٠٥٣٤). قال ابن حجر: «وصله الطبراني في «الكبير» ...، وإسناده قوي». «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣).

(٦) «المنتقى» (٦/ ٢٨ - ٣١).

(٧) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٤)، «الهداية» (١٠/ ٦٩).

قال:

(الثالث: اختصاصُ الخَلْقِ بِالوقوفِ بعَرَفة، هل يمنعُ من الإحياء؟ فيه تَرَدُّد، والأظهر: أنه إذا لم يُضَيِّقْ لم[1] يمنع).

موات الحرم يُملَكُ بالإحياء، كما أن معموره يُملك بالبيع والهبة، وهل تملك أراضي عرفة بالإحياء كسائر البقاع، أم لا؛ لتعلُّق حقِّ الوقوف بها؟ فيه وجهان: إن قلنا: يملك، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان، إن قلنا: يبقى، فذاك مع اتساع الباقي، أم بشرط ضيقه عن الحجيج؟ فيه وجهان. وهذا تلخيص ما حكاه الإمام[2].

وأشار صاحب الكتاب هاهنا وفي «الوسيط»[3] إلى ثلاثة أوجه في المسألة، **ثالثها**: الفرق بين[4] أن يضيق الموقف فيمنع، وبين ألا يضيق فلا يمنع. وهذا أظهر عنده. لكنّ المنع المطلق أشبه بالمذهب، وبه أجاب صاحب «التتمة»، وشبّهها بالمواضع التي تتعلّق بها حقوق المسلمين عموماً أو خصوصاً كالمساجد والطرق والرباطات في الطرق والمواضع[5] التي يصلّى فيها العيد خارج الأمصار، والبقاع الموقوفة على معيّن أو غير معيّن[6].

---

(١) في (ط العلمية): (لا يُمنع).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٠٢-٣٠٣).

(٣) «الوسيط» (٤/ ٢٢١ - ٢٢٢).

(٤) قوله: (بين) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (والمواضع) سقط من (ي).

(٦) وهذا القول ـ بالمنع ـ هو المتناسب مع الأوضاع في عصرنا الحالي، حيث كثرة الحجيج.

قال:

(الرابع: اختصاصُ المُتحَجِّرِ مَرعيّ؛ وهو نَصْبُ أحجارٍ علامةً على العِمارة، فهو أولى به[1] إن لم يَطُلِ الزمانُ وكان مُشتغِلًا بأسباب العِمارة فإن جاوزَ ذلك بَطَلَ اختصاصُه. (و) وقيل: البُطلانُ لو تعدّى غيرُه وأحيا، ففي حُصولِ المِلكِ خلاف (و)، وكذا في جوازِ اعتياضِ المُتحَجِّرِ عن اختصاصِه).

الشارعُ في إحياء الموات متحجّر ما لم يُتِمّه.

وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار أو غرز خشبات أو قصبات[2]، أو جمع تراب، أو خطّ خطوط، وذلك لا يفيد الملك، ولكن يجعله أحقَّ به من غيره[3].

أما أنه لا يفيد الملك؛ فلأن سبب الملك الإحياء، ولم يُوجد. وعن أبي الحسين ابن[4] القطّان: أن بعض الأصحاب جعله مفيداً للملك.

وأما أنه يفيد الأحقية؛ فلأن الإحياء إذا أفاد الملك، وجب أن يُفيد الشروع[5] فيه الأحقية، كالاستيام مع الشراء. وأيضاً: فليأمن من يقصد الإحياء بالشروع في العمارة.

ولا ينبغي أن يزيد المتحجر على قدر كفايته، ويضيق على الناس، ولا أن يتحجر ما لا يمكنه القيام بعمارته. فإن فعل، قال في «التتمة»: لغيره أن يُحيي ما زاد على كفايته،

---

(١) قوله: (به) سقط من (ز).

(٢) قصبات: القَصَب محرّكة: كل نبات ذي أنابيب، واحدها قصبة. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب الباء (١/ ٤٢٩) (قَصَب).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣٧)، «التهذيب» (٤/ ٤٩٥).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (أبي حسين القطان).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (للشروع).

وما زاد على ما يمكنه القيام بعمارته. وقال غيره: لا يصح أصلاً؛ لأن ذلك القدر غير متعيّن.

وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجر، فإن طالت المدّةُ ولم يحي، قال له السلطان: «أحيِ، أو ارفع يدك عنه»، فإن ذكر عُذراً أو استمهل، أمهله مدةً قريبةً يستعد فيها للعمارة، والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان، ولا تتقدّر بثلاثة أيام في أصح الوجهين. فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه.

وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حدٌّ معيّن، وإنما الرّجوع فيه إلى العادة[1].

وقال أبو حنيفة[2]: مدة التحجر ثلاث سنين، فلا يطالب فيها بالعمارة، فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقّه[3].

وقبل أن يبطل حق المتحجر، لو بادر غيره وأحيا ما يحجره[4]، ففيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يملك؛ لأنه حقّق سبب الملك وإن كان ممنوعاً منه، فأشبه ما إذا دخل في سوم غيره واشترى. وهذا الوجه حكاه القاضي ابن كجّ عن النصّ.

والثاني: لا يملك؛ كيلا يبطل حق المتحجر.

والثالث: أنه يفرق بين أن ينضمّ إلى التحجر إقطاع السلطان فلا يملك المحيي، وبين ألا ينضم فيملك.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣٩).

(٢) «الهداية» (١٠/ ٧٢)، «الاختيار» (٣/ ٦٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٥). وهذا عندهم، لما روي من قول عمر رضي الله عنه: «ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق»، رواه أبو يوسف في كتاب «الخراج»، وهو ضعيف كما ذكره الزيلعي. انظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠)، «الدراية» لابن حجر (٢/ ٢٤٤).

(٣) من قوله: (وليس لطول) إلى هنا سقط من (ي)، (هـ).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (ما يحجره غيره).

ومال الإمام[١] إلى الفرق بين أن يأخذ في العمارة، فلا يملك المبتدر إلى الإحياء، وبين أن يكون المتحجر رسم خطاً[٢] ونحوه، فيملك[٣]. فهذا وجه رابعٌ.

وشبّهوا الخلاف في المسألة بالخلاف فيما إذا عشّش الطائر في ملكه وأخذ غيره الفرخ، هل يملكه[٤]؟

ولو باع المتحجر ما تحجره، ففيه وجهان.

والتفريع على أن[٥] التحجر لا يفيد المِلك، قال الجمهور: لا يصح[٦]؛ لأن حق التملك لا يُباع، ألا ترى أن الشفيع لا يبيع الشِّقص قبل الأخذ؟ وقال أبو إسحاق وغيره: يصحُّ، وكأنه يبيع حق الاختصاص. وعلى هذا، فلو باع وأحياه في يد المشتري مُحيي، وقلنا: إنه يملك، حكى أقضى القضاة الماوردي[٧]: عن ابن أبي هريرة: أنه لا يسقط الثمن عن المشتري؛ لحصول التلف بعد القبض. وعن غيره: السُّقوط.

وقوله: (فهو أولى، إن لم يطل الزمان)، كان الأولى به أن يقول: «ما لم يطُل الزمان»؛ لأن الأولوية تثبت[٨] في الحال، ثم ترتفع عند طول الزمان.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٧-٢٩٨).

(٢) في (ز)، (هـ): (التحجر برسم خطٍّ ونحوه)، وفي (ط العلمية): (المتحجر ويرسم ...).

(٣) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣٣٧).

(٤) قطع البغوي بأن صاحب الملك أولى بذلك الفرخ، وليس لغيره دخول ملكه وأخذه. فإن ملك الفرخ جناحه وطار فكل من أخذه ملكه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٩٥).

(٥) قوله: (أن) سقط من (ي).

(٦) وهو المذهب. «المهذب» (١٥/ ٢١٩)، «التهذيب» (٤/ ٤٩٥).

(٧) «الأحكام السلطانية» ص١٧٨، «الحاوي» (٩/ ٣٣٨).

(٨) في (ط العلمية): (ثبتت).

وقوله: (وكان مشتغلاً بأسباب العمارة): أراد به[١] ما ذكره الإمام[٢] أن حقّ المتحجّر يبطُل بطول الزمان وتركه العمارة، وإن لم يُرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء.

ووجهه: بأن التحجر ذريعةٌ إلى العمارة، وهي لا تؤخّر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسبابها[٣]، ولذلك لا يعتبر التحجّر ممن لا يتمكن من[٤] تهيئة الأسباب، كفقير يتحجّر منتظراً القدرة عليها، ولا من متمكّن يتحجّر ليُعمر في السنة القابلة. فإذا أخَّر وطالت المدة، عاد الموات كما كان. وهذا قد حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق، ثم قال: عندي لا فرق بين طول الزمان وقصره، إذا لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء.

فيجوز أن يُعلم لهذا قوله: (بطل اختصاصه)، بالواو.

ولفظ: (التحجر)، فيما ذكره الأزهري[٥]: مأخوذ من الحجر[٦]، وهو المنع؛ لأنه بما يرسُمُه، يمنع غيره عنه[٧].

---

(١) قوله: (به) زيادة في (ز)، (هـ).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٨).
(٣) في (ط العلمية): (أسباب العمارة).
(٤) في (ط العلمية): (لا يمكنه).
(٥) الأزهري، «الزاهر» ص٣٥٩.
الأزهري: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور. أحد الأئمة في اللغة والأدب، عني بالفقه أولاً ثم رحل وطاف في أرض العرب في طلب اللغة. من مصنفاته: «تهذيب اللغة»، «غريب الألفاظ التي استعملها الفقهاء» (تفسير ألفاظ مختصر المزني)، «التقريب في التفسير». وُلد في هراة سنة (٢٨٢هـ)، وتوفي بها سنة (٣٧٠هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ٣٥) (٢٩)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٢/ ١٠٦)، «وفيات الأعيان» (٤/ ٣٣٤ - ٣٣٥) (٦٣٩).
(٦) يقال: احتجر الأرض وحجرها، أي ضرب عليها مناراً أو أعلم علماً في حدودها، للحيازة يمنعها به عن الغير. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الراء (٣/ ١٢٧) (حجر).
(٧) قوله: (عنه) سقط من (هـ).

قال:

(الخامس: إقطاعُ[١] الإمام: وهو مُتَّـبَعٌ في المَوات، وحُكمُه قبلَ الإحياءِ حُكمُ[٢] التحَجُّر[٣]).

لإقطاع الإمام مدخل في الموات، روي «أن النبي ﷺ أقطع الدور»[٤]، وعن علقمة بن وائل[٥] عن أبيه رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً بحضرموت»[٦]

---

(١) الإقطاع: يقال: قطعه قطعاً، أي أبانه من بعضه فصلًا. والقطع قد يكون مدركاً بالبصر كقطع اللحم ونحوه، وقد يكون مدركاً بالبصيرة كقطع السبيل. ومن المجاز قولهم: أقطعه قطيعة، أي طائفة من الأرض. ويقال: أقطع الإمام الجند البلد إقطاعاً، أي جعل لهم غلتها رزقاً. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب العين (٥/ ٤٧١، ٤٧٤) (قطع)، «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٩) (قطع).
والإقطاع على أقسام: ١ـإقطاع تمليك. ٢ـإقطاع استغلال، كأن يقطع الإمام غلة أراضي الخراج. ٣ـإقطاع ارتفاق، كإقطاع الجلوس في الطرق الواسعة للبيع ونحوه. انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٣٦٧ - ٣٦٨)، (البهوتي، منصور بن يونس) «كشاف القناع» (٤/ ١٩٥ - ١٩٦) (مكتبة النصر، الرياض).

(٢) في (ط العلمية): (كحكم).

(٣) في (ز)، (هـ): (المتحجر).

(٤) سبق تخريجه ص١٤٨ من هذا الجزء.

(٥) علقمة بن وائل: علقمة بن وائل بن حُجْر الحضرمي الكندي الكوفي. روى عن أبيه والمغيرة بن شعبة، وروى عنه أخوه عبد الجبار وغيره. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال ابن سعد: كان ثقة قليل الحديث، وذكره في الطبقة الثالثة من أهل الكوفة. انظر: «تهذيب التهذيب» (٤/ ١٧٠) (٥٤٨٣)، (ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع البصري) «الطبقات الكبرى» (٦/ ٣١٢) (دار صادر، بيروت).
وأبوه: هو وائل بن حُجْر بن ربيعة الحضرمي، كان قيلاً من أقيال حضرموت. وقد بشر الرسول ﷺ بقدومه قبل أن يصل إليه بأيام، فلما قدم قربه ودعا له فقال: «اللهم بارك في وائل وولده»، واستعمله الرسول ﷺ على الأقيال من حضرموت. نزل الكوفة وعاش إلى أيام معاوية. وشهد مع علي صفين. روى عن النبي ﷺ وروى عنه ابناه وغيرهم. انظر: «أسد الغابة» (٤/ ٦٥٩) (٥٤٣٦)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (٣/ ٦٢٨ - ٦٢٩) (٩١٠٠)، «تهذيب التهذيب» (٦/ ٦٩ - ٧٠) (٨٦٥٨).

(٦) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين (٣/ ١٧٣) (٣٠٥٨).
والترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القطائع (٢/ ٤٢٠) (١٣٩٩) وقال: «هذا حديث حسن صحيح». وحضرموت: إقليم بجنوب الجزيرة العربية، على خليج عدن والبحر العربي، تمتد لمسافة (٦٥٠ كم) تقريباً من الشرق إلى الغرب، متوسط ارتفاعها (١٣٥٠ م) فوق سطح البحر. أهم مدنها =

وروي أنه ﷺ[١] أقطع الزبير بن العوام[٢] رضي الله عنه حُضْر[٣] فرسه، فأجرى فرسه حتى قام، ثم رَمى بسوطه، فقال: «أعطوه من حيث بلغ السوط»[٤].

وفائدة الإقطاع: مصير المقطع أحق بإحيائه كالمتحجر، وإذا طالت المدة أو أحياه مُحيي، فالحكم على ما ذكرناه في المتحجر[٥]. وعن مالك[٦] رضي الله عنه: أنه إن أحياه عالماً بالإقطاع، كان ملكاً للمقطع[٧].

وإن أحياه غير عالم بالإقطاع، فالمقطع بالخيار بين أن يأخذه ويغرم للمحيي ما أنفق في العمارة، وبين أن يتركه على المحيي ويأخذ منه قيمة الموات قبل العمارة.

وقال أبو حنيفة[٨] رضي الله عنه: إن أحياه قبل ثلاث سنين فهو للمقطع، وإن أحياه بعدها فللمحيي.

= تريم وسيئون وشبام، والشحر، وأهم موانيها: المكلا. كانت تتبع جمهورية اليمن الديمقراطية بعد الاستقلال، وبتوحد اليمَنَين في (٢٢ مايو ١٩٩٠م) صارت ضمن دولة اليمن. انظر: «معجم البلدان» (٣/ ١٥٧)، «الموسوعة العربية الميسرة» (١/ ٧٢٦)، «الموسوعة العربية العالمية» (٢٧/ ٣٢٢).

(١) من قوله: (أقطعه أرضاً) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قوله: (بن العوام) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) حُضر ـ بالضم ـ: ارتفاع الفرس في عدوه كالإحضار. قال الزهري: الحضر والحضار من عدو الدواب. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الراء (٣/ ١٤٦) (حضر).

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين (٣/ ١٧٧ - ١٧٨) (٣٠٧٢)، والإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمر (٢/ ١٥٦). قال المنذري: «في إسناده عبد الله بن عمر ابن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب، وفيه مقال، وهو أخو عبيد الله بن عمر العمري» «مختصر سنن أبي داود» (٤/ ٢٦٤). قال ابن حجر: «وفيه العمري الكبير، وفيه ضعف. وله أصل في «الصحيح» من حديث أسماء بنت أبي بكر، «أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير»» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٤). وهو ما أخرجه البخاري في كتاب فرض الخمس، باب ما كان النبي ﷺ يُعطي المؤلفة قلوبهم وغيرهم من الخمس ونحوه (٦/ ٢٥٢) (٣١٥١).

(٥) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٢٧).

(٦) هذا عند المالكية، بناءً على أن الإقطاع يفيد الملك المجرّد لا يحتاج معه إلى عمارة. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٨)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣).

(٧) في (ط العلمية): (مالكاً للمقطع).

(٨) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٤).

ولا يُقطِع الإمام إلا من يقدر على الإحياء، وبقدر ما يقدر عليه[١].

قال:

(السادس: الحِمى[٢] لرسولِ الله ﷺ ـ وهو النَّقيع[٣] ـ ولِمَن بعدَه من الأئمةِ: كالتحجُّرِ[٤] في المنعِ مِن الإحياء. ولا يجوزُ لِمَن بعدَه أن يَحْمي لنفسِه وكان ذلك خاصّةً له، ويجوزُ (و) أن يُحميَ لإبل الصَّدَقة؛ أعني: للأئمّة. وفي نقض الحِمى بعدَ زوالِ الحاجةِ خلاف (و)، قيل: إنه لا يُغيَّر كالمسجد، وقيل: نعم[٥]؛ لأنه بُنَي على مصلحةٍ حالّية).

---

(١) قوله: (عليه) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٢) الحمى: يقال حمى الشيء يحميه حَمياً وحمى، أي منعه ودفع عنه. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الواو والياء (١٠/ ٩٩) (حمى).
اصطلاحاً: منع الرعي في أرض مخصوصة من المباحات، يجعلها الإمام مخصوصة بما يعينه من البهائم. أو: المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشي. انظر: (ابن حجر، أحمد ابن علي العسقلاني) «فتح الباري» (٥/ ٤٤) (دار المعرفة، بيروت، لبنان)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٦٨)، «كشاف القناع» (٤/ ٢٠١)، «الحاوي» (٩/ ٣٢٩).

(٣) في (ط العلمية): (البقيع).
والنقيع ـ بالنون المفتوحة ـ: هو أعلى وادي العقيق الذي هو من كبار أودية الجلس حيث يبلغ طوله (١٥٠ كم) تقريباً. وحمى النقيع: مكان معروف مستنقع للمياه ينبت فيه الكلأ، وهو على بعد (٢٠ فرسخاً) من المدينة، وقدره ميل في ثمانية أميال. انظر: «معجم البلدان» (٧/ ٤٠٠)، (البلادي، عاتق بن غيث) «على طريق الهجرة» ص١٠٤ (دار مكة)، «فتح الباري» (٥/ ٤٥)، (الخطابي، أبو سليمان حَمْد بن محمد البستي) «معالم السنن» (مع «مختصر سنن أبي داود») (٤/ ٢٧٠) (١٤٠٠هـ، دار المعرفة، بيروت).
والبقيع: مقبرة أهل المدينة ولا تزال كذلك، تقع جنوب شرقي المسجد النبوي، كانت خارج عمران المدينة، والآن أصبحت داخلها. وقد تمت توسعتها بضم الأرض المجاورة لها، وإحاطتها بسور لحمايتها. انظر: «الموسوعة العربية العالمية» (٢٣/ ٥٢).

(٤) في (هـ): (كالمتحجر).

(٥) في (هـ): (يُغيّر).

المرادُ من الحمى: أن يحمي بقعة من الموات لمواش بعينها، ويمنع سائر الناس عن[١] الرّعي فيها.

وكان يجوز ذلك لرسول الله ﷺ لخاصة نفسه ولكنه لم يفعل، وإنما حمى النقيع لإبل الصدقة، ونَعَم الجزية وخيل المجاهدين في سبيل الله تعالى[٢].

وأما غير رسول الله ﷺ، فالآحاد لا يحمون[٣] أصلًا، وليس للأئمة الحمى لأنفسهم[٤]، وكان ذلك من خواصّ النبي ﷺ، وفي حماهم لمصالح المسلمين قولان[٥]:

أحدهما: المنع أيضاً؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لا حِمى إلا لله ولرسوله»[٦].

وأصحهما: الجواز[٧]، وبه قال أبو حنيفة[٨] ومالك[٩]؛ لأن عمر رضي الله عنه حمى، واستعمل على الحمى مولى له يقال له: هُنَي[١٠]، وقال: «يا هُني، اضمم

---

(١) في (ز)، (هـ): (من).

(٢) الحديث أخرجه البخاري بلفظ: «إن النبي ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»، قال: وبلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع». كتاب المسافاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ (٥/ ٤٤) (٢٣٧٠).
وقوله: (حمى النقيع) هو من مراسيل الزهري. انظر: «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٨٠) (١١٠٥).
وأخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل (٣/ ١٨٠) (٣٠٨٣) (٣٠٨٤).

(٣) في (ط العلمية): (لا يحمونه).

(٤) في (ي)، (ز)، (ط العلمية): (لنفسهم).

(٥) أطلقها في «المهذب» (١٥/ ٢٣٤)، و«الحاوي» (٩/ ٣٢٩).

(٦) تقدم تخريجه في الحاشية الثانية من هذه الصفحة.

(٧) قال الشافعي: «وأن يحمي منه ما يرى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٠).

(٨) (العيني، أبو محمد محمود بن أحمد) «البناية في شرح الهداية» (٩/ ٤٣٥) (الطبعة الأولى ١٤٠١هـ، دار الفكر)، (أبو يوسف، يعقوب بن ابراهيم) «الخراج» ص٢٢٢ - ٢٢٣ (دار الإصلاح).

(٩) «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٨ - ٦٩)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٣ - ٤).

(١٠) هني ـ بالنون مصغر بغير همز وقد يهمز ـ: هو مولى لعمر رضي الله عنه، واستعمله على حمى=

جناحك للمسلمين، واتق دعوة المظلوم فإنها مُجابة، وأدخل ربَّ الصُّريمة[١] والغُنيمة[٢]، وإياك ونَعَم ابن عوف وابن عفان[٣]، فإنهما[٤] إن تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخل وزرع، وإن ربّ الصُّريمة والغُنيمة إن تهلك ماشيتهما يأتيـني بعياله، فيقول: يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا[٥] لا أبا لك؟ فالماء والكلأ أيسر عليَّ من الذَّهبِ والورق، وأيم الله لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله، ما حميت على[٦] المسلمين من بلادهم شبراً»[٧].

وأيضاً: فللحاجة الداعية.

وعن صاحب «التقريب»: القطع بالقول الثاني.

= الربذة. روى عن أبي بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاص، وعنه ابن عمير، وأبو جعفر محمد بن علي ابن الحسين، شهد صفين مع معاوية ثم تحول إلى علي لما قُتل عمار. وآل هني ينتسبون في همدان وهم موالي آل عمر. هذا وقد ذكره ابن سعد في الطبقة الأولى من أهل المدينة من التابعين. انظر: «تهذيب التهذيب» (٦/ ٤٧) (٨٥٨٣)، «فتح الباري» (٦/ ١٧٦)، «الطبقات الكبرى» (٥/ ١١ - ١٢).

(١) الصريمة: الصرمة ـ بالكسر ـ: القطعة من الإبل، واختلف في تحديدها، فقيل: ما بين عشرة إلى بضع عشرة، وقيل غير ذلك، وكأنها إذا بلغت هذا القدر تستقل بنفسها فيقطعها صاحبها عن معظم إبله. انظر: «تاج العروس» فصل الصاد، باب الميم (٨/ ٣٦٦) (صرم).

(٢) الغُنيمة: تصغير غنم، وهو اسم مؤنث موضوع للجنس يقع على الذكور والإناث. وأسماء الجموع التي لا واحد لها من لفظها إذا كانت لغير الآدميين فالتأنيث لها لازم حين التصغير. انظر: «تاج العروس» فصل الغين، باب الميم (٩/ ٧) (غنم).
والمقصود: «صاحب القطعة القليلة من الإبل والغنم». «فتح الباري» (٦/ ١٧٦).

(٣) المقصود: عبد الرحمن بن عوف وعثمان بن عفان، «وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما، لأنهما كانا من مياسير الصحابة». «فتح الباري» (٦/ ١٧٦).

(٤) من قوله: (وإياك) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) قوله: (أفتاركهم أنا) زيادة في (ز).

(٦) في (ط العلمية): (عن).

(٧) أخرجه البخاري، كتاب الجهاد، باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مال وأرضون فهي لهم (٦/ ١٧٥) (٣٠٥٩).

والحديث محمول على المنع من أن يحمي لنفسه على ما كان يفعله العزيز من[1] العرب كان إذا انتجع[2] بقعةً مخصبة[3]، استعوى[4] كلباً على جبل أو نشز، ووقف له من يسمع صوته، فإلى حيث انتهى[5] صوته حماه لنفسه من كل جانب، ورعى فيما سواه مع الناس. وإذا جوّزنا، فذلك للإمام الأعظم خاصّة، أو يجوز لولاته في النواحي أيضاً؟ فيه وجهان ـ رواهما القاضي ابن كج وغيره ـ، أظهرهما: الثاني[6].

ولا فرق بين أن يحمي لخيل المجاهدين، أو نَعَم الجزية والصدقة والضوال ومال الضعفاء، عن الإبعاد في طلب النجعة. وعن مالك[7]: أنه لا يحمي إلا لخيل المجاهدين، ولا يحمي إلا الأقل الذي لا يتبين[8] ضرره على الناس، ولا يضيق الأمر عليهم. وكذلك كان النقيع الذي حماه رسول الله ﷺ.

---

(١) قوله: (العزيز من) سقط من (هـ).
والعزيز: كأمير هو الملك، مأخوذ من العِزّ وهو الشدة والقهر، سُمي به لغلبته على أهل مملكته. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الزاي (٤/ ٥٨) (عزز).

(٢) انتجع: أي طلب الكلأ في موضعه. يقال انتجع نُجعةً والجمع النُجَع. والمنتجع: المنزل في طلب الكلأ. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب العين (٥/ ٥١٨ - ٥١٩) (نجع).

(٣) في (ط العلمية): (محصنة).

(٤) في (ط العلمية): (استقوى).
استعوى: يقال عوى يعوي عواء، إذا لوى خطمه ثم صوّت أو مد صوته ولم يفصح. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الواو والياء (١٠/ ٢٥٩) (عوى).

(٥) في (هـ): (يسمع).

(٦) قال الماوردي: «أمير البلد ووالي الإقليم إذا رأى أن يحمي لمصالح المسلمين فليس له ذلك إلا بإذن الإمام». «الحاوي» (٩/ ٣٣١).

(٧) المذكور في مذهب المالكية: أن للإمام أن يحمي لخيل المجاهدين ودواب الصدقة وضعفاء المسلمين. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٦٨ - ٦٩)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٣ - ٤).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (يبين).

إذا عرفت ذلك، فهل يحوز تغيير الحِمى ونقضه؟

أما حِمى غير رسول الله ﷺ، ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز تغييره[١]؛ لتعينه لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة.

وأظهرهما[٢]: الجواز؛ لأن الحِمى كان نظراً[٣] للمسلمين لرعاية[٤] مصلحة حاليّة، وقد يقتضي النظر نقضه وردّه إلى ما كان.

وفي «بعض الشروح»: أنه يجوز للحامي[٥] أن ينقض حمى نفسه، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة نقض حماه.

وإذا جوّزناه[٦]: فلو أحياه مُحيي بإذن الإمام ملكه، وكان الإذن في الإحياء نقضاً. وإن استقل، فوجهان، ويقال: قولان منصوصان[٧]، **أظهرهما**: المنع؛ لما فيه من الاعتراض على تصرّف الإمام وحكمه.

وأما حمى رسول الله ﷺ، ففيه طريقان:

منهم من قال: إنه نصٌّ من الشارع، فلا ينقض بحال.

ومنهم من قال[٨]: إن بقيت الحاجة التي حمى لها[٩] لم يغيّر، وإن زالت فوجهان[١٠]:

---

(١) قوله: (تغييره) سقط من (هـ).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (أصحهما)، وما أثبته يوافق ما في «روضة الطالبين» (٥/ ٢٩٣).

(٣) في (ط العلمية): (يطرأ).

(٤) في (هـ): (لرعاية)، وفي غيرها: (برعاية).

(٥) في (ط العلمية): (أن يكون).

(٦) في (هـ): (جوزنا تغييره ونقضه).

(٧) أطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٣٣٢)، و«المهذب» (١٥/ ٢٣٥).

(٨) من قوله: (إنه نص) إلى هنا سقط من (ز).

(٩) قوله: (لها) سقط من (ي).

(١٠) وهذه الطريقة اختارها الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣٣١).

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة ـ أنه[١] يجوز تغييره؛ لزوال العلّة.

وأظهرهما: المنع؛ لأن التغيير إنما يكون بالاجتهاد، ونحن نقطع بأن ما فعله مصلحةٌ، فلا يرفع[٢] القطع بالظّن.

وقولهم: إن بقيت الحاجة لم يغير، لا يختص بحمى رسول الله ﷺ، بل حمى غيره أيضاً إنما يغيّر عند زوال الحاجة، واقتضاء الحال[٣] التغيير.

وقوله في الكتاب: (الحمى لرسول الله ﷺ ـ وهو النقيع ـ ولمن بعده من الأئمة: كالتحجُر[٤] في المنع من الإحياء[٥]) التشبيه مستمر في أن كلًّا من التحجر والحِمى يقتضي الامتناع من الإحياء، وفي جريان الخِلاف في أنهما هل يمنعان حصول المِلك للمحيي؟[٦]، لكنّ الأظهر من الخلاف في التحجّر حصول المِلك، وفي الحِمى خلافُه، خاصّة في حمى رسول الله ﷺ.

وقوله: (ويجوز أن يحمي لإبل الصدقة)، مُعلم بالواو؛ لما ذكرنا، وذكر إبل الصدقة للتمثيل لا لتخصيص الحكم بها[٧]. والله أعلم.

---

(١) قوله: (أنه) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٢) في (هـ): (يبطل).

(٣) في (ي)، (هـ): (الحاجة).

(٤) في (ي): (كالمتحجر).

(٥) في (ي)، (ز)، (ط العلمية): (في منع الإحياء).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (للحمى).

(٧) قوله: (بها) سقط من (ي).

قال:

(أما الـمنافعُ المُشترَكة: فهي منفعةُ الشوارِع للطُّروقِ والـجلوس، ومنفعةُ المساجدِ والرِّباطات.

أما الشوارِع: فللطُّروق، ويجوزُ الجلوسُ فيها[1] بشرطِ ألا يُضيِّق. ثم السابقُ يختصُّ به فلا يُزعَج، فإن قامَ بطَلَ حقُّه، إلا إذا جلسَ للبيع فيبقى حقُّه إلى أن يسافر، أو يقعدَ في موضع آخَر، أو يَترُكَ الحِرْفة، أو يطولَ مرضُه؛ بحيثُ تنقطعُ الأُلْفةُ[2] إلى غيرِه. والأظهر: (و) أنّ الإقطاعَ لا مَدخَلَ له فيها؛ إذ المِلكُ ليس مطلوباً منه).

الباب الثاني: في المنافع:

بقاع الأرض إما مملوكة أو محبوسةٌ على الحقوق العامّة، كالشوارع والمساجد والمقابر والرِّباطات، أو منفكّة عن الحقوق الخاصة والعامة وهي الموات، فهذه ثلاثة أقسام، وإذا تأمّلتها[3] عرفت أن الانفكاك عن الاختصاصات المذكورة في الباب الأول لا يكفي للتملك بالإحياء، بل يعتبر مع ذلك الانفكاك عن الحقوق العامّة أيضاً. أمّا المملوكة فمنافعها تتبع رقابها.

ومقصود الباب: الكلام في الانتفاع بالبقاع المحبوسة على الحقوق العامّة، ويقرب منه الانتفاع بالموات من غير إحياء.

---

(١) قوله: (فيها) زيادة في (هـ).

(٢) في (ز)، (هـ): (الآفة).

(٣) في (ط العلمية): (تأملها).

أما الشوارع، فمنفعتها الأصلية الطروق، ويجوز الوقوف والجلوس فيها، لغرض الاستراحة والمعاملة بيسر[١] ونحوهما، بشرط ألّا يضيق على المارّة، أذن الإمام فيه أو لم يأذن؛ لاتفاق الناس عليه مع[٢] تلاحق الأعصار[٣].

وله أن يظلل على موضع جُلُوسه بما لا يضُرُّ بالمارّة من ثوب أو بارية[٤] ونحوهما، وفي بناء الدّكة ما ذكرناه[٥] في كتاب[٦] الصلح[٧].

ولو سبق اثنان إلى موضع، فيقرع بينهما، أو يقدم الإمام أحدهما؟ فيه وجهان[٨]، أظهرهما: الأول. وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمّة وجهان، رواهما القاضي ابن كج.

واختلفوا في أنه هل لإقطاع الإمام مدخل فيه؟ على وجهين:

أحدهما: أنه لا مدخل له في هذا الارتفاق؛ لأنه[٩] منتفع بها على صفتها من غير عمل، فأشبهت المعادن الظّاهرة، ولأنه لا مدخل للتملك فيه، ولا معنى للإقطاع، بخلاف الموات.

---

(١) قوله: (بيسر) زيادة في (ي).

(٢) في (ز): (على)، وفي (هـ): (حتى يلاحق).

(٣) «ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يُمنع منه كالاجتياز». «المهذب» (١٥/ ٢٢٤).

(٤) في (ط العلمية): (بادية).

والبارية: الحصير المنسوج من القصب. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الراء (٣/ ٦١) (بار، بور).

(٥) في (ط العلمية): (على ما ذكرناه).

(٦) قوله: (كتاب) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) نصب الدكة: إن كان يضيق الطريق ويضر بالمارة فممنوع، وإلا فوجهان. انظر ما سلف (٧/ ٣٣٨).

وقطع أبو إسحاق الشيرازي بمنعه، لأنه يعثر به الضرير، وبالليل البصير. «المهذب» (١٥/ ٢٢٥).

(٨) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٢٢٥)، و«الحاوي» (٩/ ٣٤٦).

(٩) في (ز)، (هـ): (لأنها).

والثاني: أن له مدخلاً فيه[١]؛ لأن للإمام نظراً واجتهاداً في أن الجلوس في الموضع هل هو مضرٌّ أم لا؟ ولهذا يزعج من جلس ورأى جلوسه مضراً.

وإذا قلنا: يزعج إذا أدام الجلوس فإنما يزعجه الإمام، وإذا كان لاجتهاده[٢] فيه مدخل فكذلك لإقطاعه. وذكر المصنّف أن الوجه الأول أظهر، ويقال: إنه اختيار القفّال. لكنّ الذي عليه الأكثرون: الثاني، وقد[٣] نصَّ عليه الشافعي رضي الله عنه[٤].

ثم للنزاع مجالٌ في القول الأول: أنّه[٥] لا مدخل فيه للتملك؛ لأن في[٦] «الرقم» للعبّادي وفي «شرح مختصر الجُويني» لابن طاهر[٧]، رواية وجه: أن للإمام أن يتملك من الشوارع ما فَضَل عن حاجة الطروق.

إذا تقرَّر ذلك، فلو[٨] جلس في موضع ثم قام[٩] عنه، نُظر: إن كان جلوسه لاستراحة وما أشبهها، بطَلَ حقُّه. وإن كان لحرفةٍ ومعاملةٍ، فإن فارقه على ألا يعود لتركه الحرفة أو لقعوده في موضع آخر، فكذلك الجواب.

وإن فارقه على أن يعود، فالأشبه بالمذهب ما ضبطه الإمام[١٠] وجرى عليه صاحب الكتاب، وهو: أنه إن مضى زمان ينقطع فيه الذين ألفوا المعاملة معه، ويستحقون

---

(١) وقطع به في «المهذب» (١٥/ ٢٢٨)، وأطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٣٤٦).

(٢) هذا في (هـ)، وفي غيرها: (للاجتهاد).

(٣) في (ط العلمية): (وهو).

(٤) «الأم» (٤/ ٤٤)، «مختصر المزني» (٨/ ٢٣١).

(٥) في (ي)، (هـ): (لأنه).

(٦) في (ط العلمية): (وفي).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (لأبي طاهر).

(٨) في (ي)، (ز)، (هـ): (فلو أنه).

(٩) في (ي)، (هـ): (غاب).

(١٠) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣١٨).

المعاملة مع غيره، بطل حقُّهُ. وإن كان دونه، لم يُبطل[١]؛ لأن الغرض من تعيين الموضع أن يُعرف فيعامل.

ولا[٢] فرق بين أن تكون المفارقة لعذر كالسفر أو المرض، أو لغير عذر، وعلى هذا فلا يبطُلُ حقُّهُ بأن يرجع بالليل[٣] إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني.

وكذلك الأسواق التي تقام في كل أسبوع أو في كل شهرٍ مرةٍ، إذا اتخذ فيها مقعداً، كان أحق به[٤] في النّوبة الثانية، وإن تخلّلت بينهما أيّام. وقال الإصطخريُّ: إذا رجع إلى بيته بالليل، فسبق إلى الموضع غيره فهو أحق به، كما إذا فارق موضعه من[٥] المسجد وعاد للصّلاة الأخرى وقد سبقه إليه غيره[٦].

وفرقت طائفة، منهم صاحب «الشامل» والقاضي الرُّويانيُّ، بين أن يجلس بإقطاع الإمام فلا يبطُلُ حقّه إذا قام عنه وليس لغيره الجلوس فيه، وبين أن يستقل، فإن ترك فيه شيئاً من رحله أو متاعه بقي حقه، وإلّا فلا.

وإذا قلنا بالأول: فلو أراد غيره أن يجلس فيه في مدّة غيبته القصيرة إلى أن يعود، ففيه وجهان[٧]:

أحدهما: لا يمكن؛ لأن أُلّافه[٨] يتخيّلون إعراضه.

---

(١) كذا قال في «الوسيط» (٤/ ٢٢٧).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (فلا فرق).

(٣) في (ط العلمية): (في الليل).

(٤) في (ز): (بها).

(٥) في (ز): (في).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٠). وكذا قال الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٣٤٦).

(٧) أطلقها في «الوسيط» (٤/ ٢٢٧).

(٨) في (ط العلمية): (الأئمة). =

والأظهر: الثاني؛ كيلا تتعطل[١] منفعة الموضع[٢] في الحال.

وهذا في جلوس الغير للمعاملة، فأما لغيرها فلا يُمنع بحال.

وليعلم قوله في الكتاب: (فيبقى حقّه) بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف.

فرعان:

الأول[٣]: كما أن موضع الجلوس يختص بالجالس[٤] فلا يزاحم فيه، كذلك ما حوله قدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين فيه. وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع[٥] من رؤية متاعه[٦]، أو وصول المعاملين إليه، أو يُضيِّق عليه الكيل والوزن، والأخذ والإعطاء[٧].

الثاني: الجوَّال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق، يبطل حقّه إذا فارق المكان[٨]. والذي تقدّم مفروضٌ في غيره.

= أآلاف: جمع آلف. اسم فاعل من الألفة والإلف، وهو الأنس. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٨) (ألفته).

(١) في (ي): (تبطل).

(٢) في (ز): (منفعته).

(٣) قوله: (الأول) سقط من (هـ)، (ز).

(٤) في (ي): (بالجلوس).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (يمتنع).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٠).

(٧) في (ي)، (ز): (والعطاء).

(٨) وكذلك الأعراب إذا نزلوا منزلًا بالبادية وفارقوه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠١).

قال:

(ومَن جَلَسَ في المسجدِ ليُقرأ عليه القرآنُ والعِلمُ فيألفَه أصحابُه فهو كمَقاعدِ الأسواق، وإن[١] جلسَ للصلاةِ لم يَختَصَّ به في صلاةٍ ثانية، ويختصُّ (و) في تلك الصلاةِ إذا غابَ بعُذرِ رُعافٍ أو غيرِه).

أما المسجِدُ، فالجلُوسُ فيه يُفرض لأغراضٍ:

منها: أن يجلس ليقرأ عليه القرآن، أو يتعلّم منه الفقه، أو يُستفْتى. قال صاحب الكتاب والشيخ أبو عاصم العبادي: الحكم فيه كما في مقاعد الأسواق؛ لأن له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس، وهذا أشبه بمأخذ الباب.

وحكى أقضى القضاة الماوردي[٢]: أنه مهما قام، بَطَلَ حقُّه، وكان السابق إليه أحق؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ [الحجّ: ٢٥].

ومنها: أن يجلس للصّلاة، وذلك لا يقتضي الاختصاص لما بعدها من الصلوات[٣]، بل من سبق في سائر الصلوات إلى ذلك الموضع فهو أحق به[٤].

وفرقوا بينه وبين مقاعد الأسواق، بأن غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد، والصلاةُ في بقاع المسجد لا تختلف.

ويجوز أن يمنع ذلك؛ لأن ثواب الصلاة في الصَّفِّ الأول أكثرُ، وأيضاً فالإنسان

---

(١) في (ط العلمية): (فإن).

(٢) «الأحكام السلطانية» ص١٨٩، «الحاوي» (٩/ ٣٤٧).

(٣) كذا قال في «الوسيط» (٤/ ٢٢٨).

(٤) قوله: (به) زيادة في (ز).

قد يألف بقعة من المسجد، فهلَّا كان الحكم كما في سائر المدارس[١] إذا فارق البيت الذي يسكنُه.

وأمّا الصلاة التي حضر لها فهو أحقُّ بالموضع فيها، وليس لغيره أن يُزعجه، فإن فارقه إجابة لمن دعاه أو لرُعافٍ أو قضاء حاجة أو تجديد وضوء، ففيه وجهان ـ ذكرهما القاضي ابن كج وغيره ـ:

أحدهما: أن اختصاصه يبطل؛ لحصول المفارقة، كما بالإضافة إلى سائر الصلوات.

وأصحهما: المنع[٢]؛ لما رُوي أنه ﷺ قال: «إذا قام أحدُكُمْ من مجلسه في المسجد فهو أحق به إذا عاد إليه»[٣].

ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره فيه أو لا[٤] يترك، ولا[٥] بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة أو قبله، وإن اتسع الوقت.

فإن فارقه من غير عذرٍ حادث، فهو كما ذكرنا في سائر الصلوات.

---

(١) المدرسة ـ بفتح الميم ـ: موضع الدرس. يقال: درس الكتاب يدرسه درساً، ذلله بكثرة القراءة حتى خف حفظه عليه. انظر: «تاج العروس» فصل الدال، باب السين (٤/ ١٤٩) (درس)، «المصباح المنير» (١/ ١٩٢) (درس).

(٢) وقطع به البغوي، وسواء ترك إزاره أم لم يتركه. «التهذيب» (٤/ ٥٠١).

(٣) أخرجه مسلم بلفظ: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به» كتاب السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به (١٤/ ١٦١). قال ابن حجر: «أورده بالزيادة إمام الحرمين في «النهاية» وصححه» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٤).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (وبين ألا).

(٥) قوله: (لا) سقط من (ي).

ومنها: الجلوس للبيع والشراء والحرفة، وهو ممنوعٌ منه[١]؛ إذْ حُرمةُ المسجد تأبى اتخاذه حانوتاً، وقد روي «أن عثمان رضي الله عنه رأى خيّاطاً في المسجد، فأخرجه»[٢].

فرعان:

الأول: يمنع الناس من استطراق حلق الفقهاء والقرّاء في الجامع[٣]؛ توقيراً لها[٤].

الثاني: قال الإمام[٥]: لا خلاف في انقطاع تصرُّف الإمام، وإقطاعه عن بقاع المسجد، فإن المساجد لله تعالى، لكن[٦] يُخدشه هاهنا شيئان: أحدهما: أن القاضي الماوردي[٧] ذكر أنّ الترتب[٨] في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للإمامة، حتى

---

(١) قوله: (منه) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (ط العلمية): (يخيط فأخرجه).

والأثر أخرجه ابن عساكر في «تاريخ دمشق» (٤٨/ ٣٤٨)، وابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» ترجمة محمد بن مجيب الثقفي، كوفي، (٦/ ٢٢٦٦)، وقال: «ومحمد بن مجيب ليس له كثير حديث، ويحدث عن جعفر بن محمد بأشياء غير محفوظة، وهذا الحديث منها». وقال أيضاً عن يحيى: «قال محمد بن مجيب كذاب».

أقول: قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٩٥): «وقال ابن عدي ثم عبد الحق: إنه حديث ضعيف». (م ع).

(٣) في (ز)، (هـ): (الجوامع).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٤٧).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣١٨).

(٦) قوله: (لكن) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٧) «الأحكام السلطانية» ص١٨٩.

(٨) الترتب: يقال رتب رتوباً، أي ثبت ودام ولم يتحرك. ومنه الرتبة: وهي المنزلة والمكانة. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب الباء (١/ ٢٦٦) (رتب)، «المصباح المنير» (١/ ٢١٨) (رتب).

لا يعتبر إذن الإمام في مساجد المحال، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان، فجعل لإذن الإمام فيه[١] اعتباراً.

والثاني: عدّ الشيخ أبو حامد وطائفة من[٢] جملة ما يقطع ـ ليرتفق المقطع بالجلوس فيه للبيع والشراء مع مقاعد الأسواق ـ: رحاب المسجد، وهذا كما يقدح في نفي الإقطاع، يعترض على المشهور في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء، إلَّا أن يراد بالرِّحاب الأفنية[٣] الخارجة عن حدِّ[٤] المسجد.

قال:

(والسابقُ في الرِّباطاتِ وغيرِها[٥] إلى بُقْعةٍ يختصُّ بها.

ثم إن طالَ عُكُوفُه على هذه الانتفاعاتِ المُشترَكةِ وصارَ كالتملُّك[٦] الذي أبطلَ أثرَ الاشتراك، ففي الإزعاج خلاف (و)).

الرِّباطات المسبلة[٧] في الطُّرُقُ وعلى أطراف البلاد، إذا سبق إلى موضع منها سابقٌ صار أحقَّ به، وليس لغيره[٨] إزعاجُه، سواء دخل بإذن الإمام أو بغير إذنه. ولا

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٢) في (ز)، (هـ): (في).

(٣) هذا في (ز)، وفي غيرها: (الأبنية).

(٤) قوله: (حد) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (وغيرها) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) في (ز): (كالمتملك).

(٧) المسبّلة: يقال: سبّله، أي: أباحه وجعله في سبيل الله تعالى. كأنه جعل إليه طريقاً مطروقة. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب اللام (٧/ ٣٦٨) (سبل).

(٨) في (هـ): (لأحد).

يَبطُلُ حَقُّهُ بالخروج لشراء طعام ونحوه. ولا يلزمه تخليفُ أحدٍ في الموضع، ولا أن يترك متاعه فيه؛ لأنه قد لا يجد غيره، وقد لا[1] يأمن على متاعه[2].

ولو ازدحم اثنان على موضع ولا سبق، فعلى ما ذكرنا في المقاعد. وكذلك الحكم في المدارس والخانقاهات إذا نزلها من هو من أهلها. وإذا سكن بيتاً منها مُدَّة ثم غاب أيّاماً قليلة فهو أحق إذا عاد؛ لأنه ألفه[3]، وإن طالت غيبته بَطَلَ حقُّه.

والنازلون في موضع من البادية أحق به وبما حواليه، قدر ما يحتاجون إليه لمرافقهم، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرّحوا إليه مواشيهم، إلّا أن يكون فيه وفاءٌ بالكُلِّ. وإذا ارتحلوا بطل اختصاصهم، وإن بقي آثار الفساطيط[4] ونحوها[5].

وقوله: (إن طال عكوفه)، يعني: المرتفق بالشوارع والمساجد إذا أطال[6] العكوف عليها:

فأحد الوجهين[7]: أنه يزعج؛ ليظهر الفرق بين المشتركات والأملاك المختصّة بالمُلاّك.

وأظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه لا يُزعج؛ لأنه أحد المرتفقين، وقد

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (ولا).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠١).

(٣) وإن طال مقامه وله غرض كما في المدارس، لم يزعج إلى تمام غرضه. انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٢٩).

(٤) الفسطاط ـ بضم الفاء وكسرها ـ: بيت من الشَّعر، والجمع فساطيط. «المصباح المنير» (٢/ ٤٧٢) (الفسطاط).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠١).

(٦) (أطال): في (ز)، وفي غيرها: (طال).

(٧) أطلقها في «الحاوي» (٩/ ٣٤٧)، و«الوسيط» (٤/ ٢٢٩).

ثبتت له اليد بالسَّبق، فلا تزال. وأيضاً: فقد روي أنه ﷺ قال: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم، فهو له»[١].

أما الرِّباطات الموقوفة، فإن عَيّن الواقف مدّة[٢] المكث فيها فلا مزيد[٣]، وكذا لو وقف على المسافرين، فلا يمكث مدّة تزيد على مدة مكث المسافرين.

وإن أطلق الواقف، نُظر إلى الغرض الذي بنيت البقعة له، وعمل بالمعتاد فيه: فلا يُمَكّنُ من الإقامة في رباطات المارّة إلا لمصلحتها، أو لخوف يعرض، أو لأمطار تتواتر.

وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم، يمكّن من الإقامة إلى استتمام غرضه، فإن ترك التّعلُّم والتحصيل، أزعج[٤]. وفي الخانقاهات لا يمكن هذا الضبطُ، ففي الإزعاج إذا طال المكث، ما سبق في الشوارع. والله أعلم.

قال:

(أما المَعادِن: فظاهرة، وباطنة.

(أما الظاهرة: كالمِلح والنَّفطِ وأحجارِ الرَّحا والرُّخام[٥] والبرُمة[٦]؛

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين (٣/ ١٧٧) (٣٠٧١). قال المنذري: «غريب، وقال أبو القاسم البغوي: ولا أعلم بهذا الإسناد حديثاً غير هذا». «مختصر سنن أبي داود» (٤/ ٢٦٤) (٢٩٤٧). وقال ابن حجر: «وصححه الضياء في (المختارة)» (٤/ ٢٢٨) رقم (١٤٣٤). «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٣) (١٢٩٦).

(٢) قوله: (مدّة) سقط من (ز).

(٣) في (ز)، (هـ): (مزيد)، وفي غيرها: (يزيد).

(٤) تقدمت الإشارة إليه. انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٢٩).

(٥) قوله: (والرخام) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) البُرمة ـ بالضم ـ: قدر تنحت من حجارة، وعممه بعضهم فيشمل النحاس والحديد وغيرهما. انظر «تاج العروس» فصل الباء، باب الميم (٨/ ١٩٨) (برم)، «المصباح المنير» (١/ ٤٥) (البرمة).

وكلِّ ما لا[١] يحُتاجُ فيه إلى طَلَب: فلا يختصُّ به أحد؛ لا بإحياءٍ[٢] وتحويطٍ حَولَه، ولا يختصُّ[٣] بتحجيرٍ ولا بإقطاع؛ بل هو مُباحٌ كالمياه الجارية.

والسابقُ إلى موضع لا يُزعَجُ قبل قضاءِ وَطَرِه، فإنْ تسابقَ رجلانِ أُقرِعَ بينَهما (و)، أو قدَّمَ[٤] القاضي مَن رآه أحوَج).

الباب الثالث: في الأعيان الخارجة من[٥] الأرض، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في المعادن، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة، وتنقسم إلى ظاهرةٍ وباطنةٍ.

فالظاهرة: هي التي يبدو جوهرها من غير عمل، وإنما السَّعيُ والعمل لتحصِيله، ثم تحصيلُه قد يسهل وقد يلحق فيه تعب، وذلك: كالنِّفط وأحجار الرَّحى والبُرمة والكبريت والقطران[٦] والقار[٧] والمومياء[٨] وأشباهها، فلا يملكها أحدٌ بالإحياء

(١) قوله: (لا) سقط من (ز).

(٢) في (ط العلمية): (إلا بإحياء)، وهذا لا يتوافق مع الحكم المقصود.

(٣) قوله: (يختص) سقط من (ز).

(٤) في (ط العلمية): (ويقدم).

(٥) في (ط العلمية): (في).

(٦) القَطِران: ما يتحلل من شجر الأبهل ويطلى به الإبل وغيرها. وفيه لغتان:
فتح القاف وكسر الطاء، ومنه قوله تعالى: ﴿ سَرَابِيلُهُم مِّن قَطِرَانٍ ﴾ [إبراهيم: ٥٠].
والثانية: كسر القاف وسكون الطاء. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٨) (قطر).

(٧) القار: والقير وهو الزفت، أو شيء أسود يُطلى به السفن يمنع الماء أن يدخل، وكذا الإبل عند الجرب، ومنه ضرب تحشى به الخلاخيل والأسورة. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب الراء (٣/ ٥١٣) (قيّر).

(٨) المومياء: لفظة يونانية، والأصل مومياي، فحذفت الياء اختصاراً وبقيت الألف مقصورة، وهو دواء أعجمي نافع لوجع المفاصل والكبد شرباً وطلاء، ومن عسر البول ومن أوجاع المثانة والرحم =

والعِمارة، وإن ازداد بها[(١)] النَّيل[(٢)]، ولا يختص بها بالتحجُّر، وليس للسلطان إقطاعها بل هي فوضى[(٣)] بين الناس كالمياه الجارية، والكلأ والحطب[(٤)]، وقد رُوي: أن أبيض بن حمال المازني[(٥)]، استقطع رسول الله ﷺ مِلحَ مأرِب[(٦)]، فأراد أن يُقطعه، ويُروى: فأقطعه، فقيل له: «إنه كالماء العِدّ»، قال: «فلا، إذن»[(٧)].

= والمغص والنفخ، كما تُطلق على الجثة المحنطة في قبور المصريين القدماء. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٨٦) (الموم)، «تاج العروس» فصل الميم، باب الواو والياء (١٠/ ٣٥٢) (المومياء)، «المعجم الوسيط» (٢/ ٩٢٨) (الموميا).

(١) قوله: (بها) زيادة في (ز)، (هـ).

(٢) النيل: يقال: نال منه ينال نيلًا، إذا بلغ منه مقصوده. والنيل والنائل: ما نلته أي أصبته، يقال أنال المعدن أي أصيب منه شيء. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٢) (نال)، «تاج العروس» فصل النون، باب اللام (٨/ ١٤٧، ١٤٩) (نال).
أقول: واشتهر إطلاق لفظ «النِّيْل» على ما يستخرج من معدن. (م ع).

(٣) فوضى: أي مشترك، يقال: تفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع، ومتاعهم فوضى بينهم إذا كانوا فيه شركاء. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب الضاد (٥/ ٧١) (فوّض).

(٤) ولأنه يتوصل إليها من غير مؤونة وتعب. انظر: «التهذيب» (٤/ ٤٩٦).

(٥) أبيض بن حمال المازني: أبيض بن حمال بن مرثد المأربي السبائي. بالحاء المهملة. من أهل اليمن. قال البخاري وابن السكن: له صحبة وأحاديث. روى عن النبي ﷺ، وعنه ابنه سعيد. كانت بوجهه حزازة وهي القوباء فدعاه النبي ﷺ ومسح وجهه فلم يُمْسِ من ذلك اليوم ومنها أثر. انظر: «أسد الغابة» (١/ ٥٧) (٢٢)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (١/ ١٧ - ١٨) (١٩)، «تهذيب التهذيب» (١/ ١٨٣) (٣٥٢)، «الطبقات الكبرى» (٥/ ٥٢٣ - ٥٢٤).

(٦) مأرب: أشهر مناطق اليمن الأثرية، وبها خرائب مدينة مأرب القديمة، التي كانت عاصمة سبأ، بعد مدينة صرواح في القرن (٨ ق م). وفيها سد مأرب الذي شُيد في القرن (٧ ق م)، وما زالت بقايا سوره قائمة إلى الآن، ومدينة مأرب الحديثة في ركن من تلك الخرائب. انظر: «معجم البلدان» (٧/ ١٩٠)، «الموسوعة العربية الميسرة» (٢/ ١٦١٢).

(٧) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والأمارة والفيء، باب في انقطاع الأرضين (٣/ ١٧٤) (٣٠٦٤). والترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في القطائع (٢/ ٤٢٠) (١٣٩٧) وقال: «حديث غريب».=

ولو حوط على بعض هذه المعادن محوط[١] واتخذ عليه داراً أو بستاناً، لم يملك البقعة؛ لفساد قصده، فإن المعدن لا يتخذ مسكناً ولا بستاناً، وأشار في «الوسيط»[٢] إلى خلاف فيه. ولو ازدحم اثنان على معدن ظاهر، فضاق المكان، فالسابق أولى.

وبأي قدر يستحق التقدم[٣]؟ عبارة أكثرهم أنه يتقدّم بأخذ قدر الحاجة، ولم يبيّنوا أن المرعي حاجة يوم أو سنة، فلما يتبيّن ذلك قال الإمام: الرجوع فيه إلى العرف، فيأخذ[٤] ما تقتضيه العادة[٥] لأمثاله. وإذا أراد الزِّيادة على ما يقتضيه حق السبق، فوجهان:

أحدهما: لا يزعج، ويأخذ[٦] بحق السبق ما شاء؛ لما روي أنه ﷺ قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»[٧].

وأظهرهما: الإزعاج، فإن عكوفه عليه كالتحجُّر، والتحويط المانع للغير.

هكذا ذكروه، مع جعلهم الأظهر في مقاعد الأسواق: أنه لا يزعج. ويمكن أن يفرق بينهما لشدة الحاجات إلى نيل المعادن.

= أقول: ورواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٤/ ٥٥) رقم (١٢٨٢)، والضياء المقدسي في «المختارة» (٤/ ٥٥ ـ ٥٥) وحسنه، وقال ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٦٤): «وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان». والعِدُّ: بكسر العين المهملة: الدائم الذي لا انقطاع له، مثل ماء العين وماء البئر. انظر: «تهذيب اللغة» للأزهري (١/ ٦٧) (عد) (م ع).

(١) في المطبوع من كتاب «العزيز» (٦/ ٢٢٩): (محوطاً). (م ع).

(٢) «الوسيط» (٤/ ٢٣٠).

(٣) في (ط العلمية): (التمكّن والتقديم).

(٤) من قوله: (حاجة يوم أو سنة) إلى هنا أثبتناه من (ز). (م ع).

(٥) في (ز): (الحاجة).

(٦) في (ط العلمية): (أو).

(٧) تقدم تخريجه قريباً ص١٧٢ من هذا الجزء.

وإن جاءا معاً، ففيه ثلاثةُ أوجهٍ[١]:

أظهرها: أنّه يُقرع بينهما.

والثاني: أن الإمام يجتهد ويُقدِّم من يراه أحوج[٢] وأحق.

والثالث: أنه ينصب من يقسم الحاصل بينهما.

ووضع العراقيُّون من الأصحاب الوجوه فيما إذا كانا يأخُذان للحاجة لا للتجارة. فإن كانا يأخُذان للتجارة، قالوا: يهايأ[٣] بينهما فيه[٤]، فإن تشاحّا في السبق أقرع[٥]. وكأن الفرق أنّ التاجر لغرض التجارة أليق.

والأشهر إطلاق الأوجه. ويشبه على قياس ما ذكروه أن يقال: إذا كان أحدهما تاجراً، والآخر محتاجاً يقّدم المحتاج.

ومن المعادن الظاهرة: الملح الذي ينعقد من الماء، وكذا الجبليُّ إن كان ظاهراً لا يحتاج فيه إلى حفر وتنحية تراب، والكحل والجصّ والمدرُ[٦]، وأحجارُ

---

(١) أطلقها في «المهذب» (١٥/ ٢٢٠)، و«التهذيب» (٤/ ٤٩٦).

(٢) قوله: (أحوج) سقط من (ي).

(٣) يُهايأ: يقال تهايأ القوم تهايؤاً من الهيئة، أي جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد النوبة. انظر: «المصباح المنير» كتاب الهاء (٢/ ٦٤٥) (الهيئة).

والمهايأة اصطلاحاً: «قسمة المنافع»، وقال ابن عرفة: «اختصاص كل شريك بمشتركٍ فيه عن شريكه فيه زمناً معيناً من متحد أو متعدد يجوز في نفس منفعته لا في غلته» «فتح القدير» (٩/ ٤٥٥)، «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٤٩٥).

(٤) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٥) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٢٠).

(٦) المدر ـ محركة ـ: قطع الطين اليابس المتماسك. أو الطين العلك الذي لا رمل فيه. انظر: «تاج العروس» فصل الميم، باب الراء (٣/ ٥٣٥) (مدر).

النورة[١]. وفي «بعض شروح المفتاح»: عُدّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة. وفي «التهذيب»[٢] عَدّ الكحل والجصّ منها، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارها إلى الحفر.

ولو كان بقُرب السّاحل بقعة لو حفرت وسيق الماء إليها، ظهر فيها الملح[٣]، فليست هي[٤] من المعادن الظاهرة؛ لأنّ المقصود منها يظهر بالعمل، وللإمام إقطاعها، ومن حفرها وساق الماء إليها وظهر الملح ملكها، كما لو أحيا مواتاً.

وقوله في الكتاب: (والسّابق إلى موضع لا يزعج قبل قضاء وطره)، هذا اللفظ إنما ينطبق على الوجه الذّاهب إلى أنه يأخُذُ بحق السبق ما شاء، وفيه ما سبق.

وقوله: (أقرع بينهما أو قدّم القاضي)، أراد أقرع في وجه، وقدّم القاضي الأحوج في وجه.

قال:

(أما الباطنة: فهي التي تظهرُ بالعمل، كالذهب والفِضّة. فإن ظهرَ في مِلكِ إنسانٍ بعدَ أن أحياه فهو مِلكُه. وإن لم يُحي ولكنه أُظهِرَ[٥] بعملِه فهل يَملِكُه به؟ فيه قولان. فإن قلنا: يملك، دخلَ الإقطاعُ فيه كالمَوات، ولا يقتصرُ مِلكُه على محلِّ النَّيْل، بل الحُفرةُ التي حَوالَيهِ ويَليقُ بحَريمِه يَملِكُه أيضاً).

---

(١) النورة: «حجر الكلس. ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره، وتستعمل لإزالة الشعر» «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٠) (نور).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٩٧).

(٣) قوله: (ظهر فيها الملح) سقط من (ز).

(٤) قوله: (هي) سقط من (ي).

(٥) في (ط العلمية): (ظهر).

الضرب الثاني: المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة[١] كالذهب والفضة والفيروز[٢] والياقوت والرَّصاص والنُّحاس والحديد، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض[٣].

وعن الشيخ أبي محمّد تردّدٌ في عدّ حَجَرِ الحديد ونحوه من المعادن الباطنة؛ لأن ما فيها من الجوهر بادٍ على الحجر. والظاهر الأول[٤]؛ لأن الحديد لا يُستخرجُ منه إلا بمعاناة، وليس البادي على الحجر عين الحديد، وإنما هو مخيلته[٥].

ولو أظهر السّيلُ قطعة ذهب أو أتى بها، التحقت بالمعادن الظاهرة.

إذا عُرفَ ذلك، فالمعدن الباطنُ هل يملك بالحفر والعمل؟ فيه قولان:

أحدهما ـ ويُحكى عن أبي حنيفة[٦] رضي الله عنه ـ: نعم؛ لأنه غير مملوك لا يُتَوصلُ إلى منفعته إلا بمعالجةٍ ومؤونةٍ، فأشبه الموات إذا أحيي.

والثاني: لا، كالمعادن الظاهرة، وليس كإحياء الموات؛ لأنه إذا أحيا ثبت

---

(١) قوله: (والمعالجة) سقط من (ز).

(٢) في (ز)، (هـ): (الفيروزج).

والفيروز: حجر كريم غير شفاف معروف بلونه الأزرق كلون السماء أو أميل إلى الخضرة، يُتحلى به. «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٣٤) (الفيروز).

(٣) سواء احتاج ما فيها إلى سبك وتخليص أو لم يحتج. «الحاوي» (٩/ ٣٤٨).

(٤) قطع بأنها من المعادن الباطنة في «الحاوي» (٩/ ٣٤٨)، و«التهذيب» (٤/ ٤٩٧).

(٥) مخيلته: يقال خال الشيء خيلًا ومخيلة، أي ظنه. ويقال: أخالت السحابة إذا رأيتها وقد ظهرت فيها دلائل المطر فحسبتها ماطرة، فهي مُخِيلة بالضم اسم فاعل ومَخْيَلة بالفتح اسم مفعول، لأنها أحسبتك فحسبتها. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب اللام (٧/ ٣١٣) (خيل)، «المصباح المنير» (١/ ١٨٦) (خيل).

(٦) «المبسوط» (٢/ ٢١٢)، «بدائع الصنائع» (٢/ ٦٧)، «البناية» (٩/ ٤٢٤).

الإحياء فيه، واستغنى عن العمل كلّ يوم، والنيل مبثوث في طبقات الأرض يُحْوِج كلّ يوم إلى حفرٍ وعمل. وأصحُّ القولين الثاني فيما ذكره المسعودي وصاحب «المهذَّب» والقاضي الروياني، وفي كلام الشافعي رضي الله عنه ما يُشعِرُ بترجيحه[١].

التفريع:

إن قلنا: إنه[٢] يملك، فذاك إذا قصد التملُّك وحفر حتى ظهر النّيْلُ، أما قبل الظهور فهو كالمتحجِّر، وهذا كما أنه إذا حفر بئراً في الموات على قصد التّملك ملكه[٣]، إذا وصل إلى الماء.

وإذا اتّسع الحفرُ، ولم يُوجد النّيل إلا في الوسط، أو في بعض الأطراف، لم يقصر المِلكُ على محل النّيل[٤] بل كما يملكه[٥] يملك ما حواليه ما[٦] يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدوابُّ، ومن جاوز ذلك وحفر لم يُمنع، وإن وصل إلى العروق[٧]، ويجُوزُ للسُّلطان أن يُقطِعَه كالموات.

وإن قلنا: إنه لا يُملك فالسّابق إلى موضع منه أحق به، لكن لو طال عكوفه، ففي الإزعاج ما ذكرنا في المعادن الظاهرة.

---

(١) «الأم» (٤/ ٤٤ - ٤٥).
(٢) قوله: (إنه) سقط من (هـ).
(٣) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٢٤).
(٤) من قوله: (إلا في) إلى هنا سقط من (ز).
(٥) قوله: (كما يملكه) سقط من (ط العلمية).
(٦) في (ط العلمية): (مما).
(٧) العرق: أصل كل شيء وما يقوم عليه، وجمعه عروق. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب القاف (٧/ ٨) (عرق).

ومنهم من قطع هاهنا بأنه لا يزعج؛ لأن هناك يُمكن الأخذ دفعة واحدة، فلا حاجة إلى إطالة المكث، ولأن هاهنا لا يحصل النّيل إلا بتعبٍ ومشقةٍ، فيُقدم السابق على اللاّحق.

ولو ازدحم اثنان، فعلى الوجوه المذكورة هناك، وفي جواز إقطاعها على هذا القول قولان[١]:

أحدهما: المنع كالمعادن الظاهرة.

وأصحهما: الجواز؛ لأن النبي ﷺ أراد إقطاع ملح مأرب أو أقطعه، فلما قيل له: إنه كالماء العدّ، امتنع منه، فدلّ على أن الباطن يجوز إقطاعه. ولا يبعد دخول الإقطاع فيما لا يُملك، كمقاعد الأسواق.

ولا يقطع الإمام إلا قدر ما يتأتى للمقطع العمل عليه والأخذ منه.

وعلى القولين، يجوز العمل على المعدن الباطن والأخذ منه من غير إذن الإمام، فإنه إما كالمعدن الظاهر[٢]، أو كالموات.

ولو أحيا مواتاً ثم ظهر فيه[٣] معدن من هذه المعادن، ملكه بلا خلاف[٤]؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بأجزائها وهو من أجزائها، بخلاف الركاز فإنه مودعٌ فيها.

هذا إذا لم يعلم أن فيها معدناً. فإن علم واتّخذ عليه داراً، فإن الشيخ أبا الفرج السرخسي نقل في ملك المعدن طريقين:

---

(١) أطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٣٤٨).

(٢) قوله: (الظاهر) سقط من (هـ).

(٣) في (ز)، (هـ): (منه).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢١٤)، «الحاوي» (٩/ ٣٥١).

أحدهما: أنه على القولين السّابقين[١].

والثاني: القطع بأنه يملك كما لو لم يعلم.

وأما البقعةُ المُحياة، فقد قال الإمام[٢]: ظاهرُ المذهب أنّها لا تُملك؛ لأن المعدن لا[٣] يُتّخذ داراً ولا مزرعة، فالقصد فاسدٌ ومنهم من قال: يملكها بالإحياء، وكأن ما حكيناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن «الوسيط»[٤] مأخوذٌ من هذا.

ومما يتفرّع على القولين: أن المعدن الباطن إذا عُمِلَ عليه في الجاهلية، هل يُملك؟ وهل يجوز إقطاعه؟ إن قلنا: إن هذا المعدن يُملك بالحفر والعمل، فهو ملك للغانمين، كأراضي دار الحرب التي أحيوها، ثم استولينا عليها. وإن قلنا: لا تُملك، ففي جواز الإقطاع ما قدّمناه من القولين.

وقوله في الكتاب: (وإن لم يُحي ولكنّه أظهر بعمله)، أراد أنه لم يُحي كما يحيي الموات بأن يتّخذ مسكناً أو بستاناً أو مزرعة، ولكنّه حفر حتى ظهر النيل.

ومن الأصحاب من يطلق لفظ الإحياء على العمل في المعدن؛ لأنه إصلاحٌ له، ويقول: هل يملك المعدن بالإحياء؟ فيه قولان، وهذا الاختلاف يرجع إلى مجرّد الإصلاح.

وفي قوله: (أظهر بعمله)، ما يشير إلى أن الإظهار لا بد منه؛ ليجيء القولان.

ونختم الفصل بمسألتين:

---

(١) كذا عند أبي إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٥/ ٢٢٤).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٧).

(٣) قوله: (لا) سقط من (ط العلمية).

(٤) «الوسيط» (٤/ ٢٣٠ - ٢٣١).

إحداهما: ظاهر المرويِّ أن مالك المعدن الباطن لا يجوز له بيعه؛ لأن المقصود منه النيل، والنيل متفرّق في طبقات الأرض مجهول القدر والصِّفة، فصار كما لو جمع قدراً من تراب المعدن، وفيه النّيل وباعه.

وحكى الإمام[١] وجهاً آخر في جوازه؛ لأن مورد البيع[٢] رقبة المعدن، والنيل فائدته وريعه[٣].

الثانية: ملك معدناً باطناً، فجاء غيرُهُ واستخرج منه نيلاً بغير إذنه، فعليه ردُّه ولا أجرة له[٤]. ولو قال المالك: اعمل فيه، واستخرج النيل لي، ففعل، ففي استحقاقه الأجرة على الخلاف فيما إذا قال: «اغسل ثوبي»، فغسل. ولو قال: «اعمل، فما استخرجته فهو لك»، أو قال: «استخرج لنفسك»، فالحاصل للمالك؛ لأنه هبة مجهولٍ، وكان يمكن تشبيهه بإباحة ثمار البستان ونحوها.

لكنّ المنقول الأول. وفي استحقاقه الأجرة وجهان:

أحدهما: المنع[٥]؛ لأنه عمل لنفسه.

والثاني ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنها تجب؛ لأن عمله وقع للمالك، وهو غير متعدٍّ بعمله ولا متبرِّع.

ولو قال: «اعمل، فما استخرجته فهو بيننا مناصفة»، لم يصحّ؛ لأن العِوض

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٢١-٣٢٢).

(٢) في (ط العلمية): (المبيع).

(٣) قوله: (وريعه) سقط من (هـ).

(٤) «لأنه أتلف منفعة نفسه» «التهذيب» (٤/ ٤٩٩).

(٥) قال الغزالي: «لم يستحق الأجرة على الظاهر» «الوسيط» (٤/ ٢٣٢).

ينبغي أن يكون معلوماً[١]. قال في «الشامل»: وليس هذا كما لو شرط للعامل[٢] جزءاً من الربح أو الثمرة في القراض أو المساقاة؛ لأنه جعل عوض العمل هاهنا جزءاً من الأصل، فهو كما لو شرط للعامل جزءاً من[٣] رأس المال.

ولو قال: «مهما[٤] استخرجته، فلك منه عشرة دراهم»، لم يصحّ أيضاً؛ لأنه ربما لا[٥] يحصل إلا[٦] هذا المقدار.

* * *

(١) «وما يستخرجه يكون للمالك، وللعامل أجر المثل» «التهذيب» (٤/ ٤٩٩).

(٢) قوله: (للعامل) زيادة في (ي)، (ز).

(٣) من قوله: (الربح) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) في (ز)، (هـ): (فما).

(٥) قوله: (لا) سقط من (ط العلمية).

(٦) قوله: (إلاّ) زيادة في (ز).

قال رحمه الله:

(أما المياهُ فثلاثة: مُحرَز في الأواني، فهو مِلكٌ (و) كسائرِ الأملاكِ يصحُّ (و) بيعُه، وعامّ لم يظهر بعملٍ ولا جرى[1] بحفر نهر[2]؛ فلكلِّ أحدٍ أن يأخذَ ساقيةً منه فيُجريَ الماءَ إلى أرضِه، ولِلأعلى أن يسقيَ أرضَه إلى الكَعْب (و)، ويلزمُه بعدَ ذلك أن يُسرِّحَه إلى الأسفل. وقيل: لا يلزم (و). فإن تَعلّى واحدٌ وأخذَ ساقيةً وقطعَ الماءَ عن الكلِّ مُنِع؛ لأنهم بإحياءِ الأرضِ استحقّوا مَرافِقَها، والماءُ من المَرافِق، فيُمنَعُ مِن إحداثِ ما لم يكن).

الفصل الثاني: في المياه، وهي قسمان:

أحدهما: المياه المباحة، وهي التي تنبُعُ في[3] مواضع لا تختص بأحدٍ ولا صنع للآدميين في إنباطه[4] وإجرائه كماء الفرات[5] وجيحون[6] وسائر أودية

---

(١) في (ط العلمية): (يجري).

(٢) في (هـ): (بئر).

(٣) في (ز)، (هـ): (من).

(٤) في (هـ): (انبساطه).
إنباطه: نَبَط الماء ينبط نبطاً، أي نبع.
وأصل البسط: النشر والتوسيع. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب الطاء. فصل الباء، باب الطاء (٥/ ٢٢٩)، (٥/ ١٠٥).

(٥) نهر الفرات: نهر ينبع من تركيا ويجري في أراضيها لمسافة (٣٤٠كم)، ثم يدخل أراضي سوريا ثم العراق عند بلدة بوكمال، وطوله (٢,٣٥٠ كم)، ويلتقي الفرات بدجلة في مجراه الأسفل عند بلدة القرنة، ليشكلا معاً النهر المعروف بشط العرب. انظر: «الموسوعة العربية العالمية» (١٦/ ١٥٧) (العراق).
ومعنى الفرات: الماء العذب جداً. أو القامع للعطش، لفرط عذوبته. انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب التاء (١/ ٥٦٨).

(٦) جيحون: ويُعرف الآن بنهر أوكسس، وهو ينبع من بحيرة في التبت الصغرى، وهو مجموعة من الأنهار عمودها نهر جرياب، وهو اليوم نهر بنج. انظر: «بلدان الخلافة الشرقية» ص٤٧٧ - ٤٧٨.

العالم والعيون في الجبال وسُيُول الأمطار، فالناس فيها سواء[١] على ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الناس شُركاءُ في ثلاثةٍ: في[٢] الماءِ والنّارِ والكلأ»[٣].

فإن حضر[٤] اثنان فصاعداً، أخذ كل واحد منهم[٥] ما شاء، فإن قلّ الماء أو ضاق المشرع قدِّم السابق، فإن جاءا معاً أقرع بينهما، وإن أراد واحدٌ السقي وهناك من يحتاج إليه للشّرب فالثاني أولى. قاله في «التتمة».

ومن أخذ منه شيئاً في إناء، ملَكه، ولم يكن للغير أن يزاحمه فيه[٦]، كما لو احتشّ أو احتطب[٧].

وفي «النهاية»[٨] وجهٌ آخر: أنه لا يملكه[٩] لكنّه أولى به من غيره. والمذهب الأول.

---

(١) «المهذب» (١٥/ ٢٤٢)، «التهذيب» (٤/ ٥٠٢).

(٢) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ: «المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء والكلأ والنار» كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث (٢/ ٨٢٦) (٢٤٧٢). وأخرجه أبو داود عن رجل من أصحاب رسول الله ﷺ، كتاب البيوع، باب في منع الماء (٣/ ٢٧٨) (٣٤٧٧). والإمام أحمد، أحاديث رجال من أصحاب النبي ﷺ (٥/ ٣٦٤). قال ابن حجر: «وفيه عبد الله بن خراش، متروك، وقد صححه ابن السكن» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٥).
وأخرجه ابن ماجه أيضاً بلفظ آخر من طريق أبي هريرة (٢٤٧٣). قال ابن حجر: «ولابن ماجه من حديث أبي هريرة بسند صحيح» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٥) (١٣٠٤). انظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٩٤).

(٤) قوله: (حضر) سقط من (ط العلمية).

(٥) قوله: (منهم) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) قوله: (فيه) سقط من (ي).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٢).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٠).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (يملك).

وإن دخل شيءٌ منه ملك إنسان بسيل، فليس لغيره أخذه ما دام فيه؛ لامتناع[١] الدُّخول في ملك الغير بغير إذنه. لكن لو فعل، فيملكه، أم للمالك استرداده؟ فيه وجهان، أصحّهما: الأول[٢]. فإذا خرج منه أخذه من شاء.

وإذا أراد قوم سقي أراضيهم من مثل[٣] هذا الماء[٤]؛ فإن كان النّهر عظيماً يفي بالكل، سقى من شاء منهم متى شاء. وإن كان الماء[٥] صغيراً، أو كان الماء ينساق من الوادي العظيم في ساقية غير مملوكة بأن انخرقت بنفسها، فيسقي الأول أرضَهُ، ثم يُرسله إلى الثاني، ثم إلى الثالث؛ لما روي عن عبادة بن الصّامت[٦] رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قضى في الشِّرب أنّ لِلأعلى أن يسقي قبل الأسفل، ثم يُرسل إلى الأسفل»[٧].

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (الامتناع).

(٢) كذا صححه في «التهذيب» (٤/ ٥٠٢).

(٣) قوله: (مثل) سقط من (ز).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤٢ - ٢٤٣).

(٥) قوله: (الماء) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) عبادة بن الصامت: عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي، أبو الوليد. كان عقبياً بدرياً وأحد نقباء الأنصار، شهد المشاهد كلها واستعمله الرسول ﷺ على بعض الصدقات، وكان يعلم أهل الصفة القرآن. آخى الرسول ﷺ بينه وبين أبي مرثد الغنوي. وهو أول من ولي قضاء فلسطين، وكان طويلاً جسيماً جميلاً. توفي بالرملة سنة (٣٤هـ) وهو ابن (٧٢) سنة. انظر: «أسد الغابة» (٣/ ٥٦ - ٥٧) (٢٧٨٩)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (٢/ ٢٦٨ - ٢٦٩) (٤٤٩٧)، «الطبقات الكبرى» (٣/ ٥٤٦).

(٧) أخرجه ابن ماجَهْ، كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٢/ ٨٢٩ - ٨٣٠) (٢٤٨١) (٢٤٨٣). والبيهقي، كتاب إحياء الموات، باب ترتيب سقي الزرع والأشجار من الأودية المباحة (٦/ ١٥٤). قال ابن حجر: «وفيه انقطاع» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٦) (١٣٥٠).

وكم يحبس الماء في أرضه؟[١] المشهور: أنّه يحبسه حتى يبلغ الكعبين؛ لما روي في حديث عبادة: «أنه يجعل الماء إلى الكعبين»، وعن عمرو بن شعيب[٢] عن أبيه عن جده، «أن النبي ﷺ قضى في السّيل أن يمسك حتّى يبلغ إلى الكعبين، ثم يُرسل الأعلى إلى الأسفل»[٣]، وقال رسول الله ﷺ للزبير ـ حين خاصمه الأنصاري في شراج الحرَّة التي يسقون منها ـ: «اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك»، فغضب الأنصاري وقال: «أن كان ابن عمّتك»، فتلّون وجهُ رسول الله ﷺ، ثم قال: «يا زبير، اسق واحبس الماء حتى يرجع إلى الجَدْرِ، ثم أرسلهُ»[٤] والشّراج: جمع الشّرج، وهو

(١) في (ي)، (هـ): (ولم يحبس)، وفي (ط العلمية): (ولا يحبس)، وما أثبته هو من (ز) وهو الصواب، لأن العبارات الأخرى توهم أنها من سياق الحديث المذكور وليس كذلك.

(٢) عمرو بن شعيب: أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاصي القرشي السهمي. من التابعين. سكن مكة وكان يخرج إلى الطائف. روى عن أبيه وزينب بنت أبي سلمة والربيع بنت معوذ وغيرهم، وعنه عطاء والزهري وعمرو بن دينار وغيرهم. قال ابن حجر: «ضعّفه ناس مطلقاً، ووثقه الجمهور، وضعّف بعضهم روايته عن أبيه عن جده». توفي سنة (١١٨هـ). والمقصود عن جده: أي الجد الأعلى عبد الله بن عمرو بن العاص. انظر: «تهذيب التهذيب» (٤/ ٣٣٢ - ٣٣٦) (٥٩٢٨)، «الكامل» (٥/ ١٧٦٦ - ١٧٦٨).

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، أبواب من القضاء (٣/ ٣١٦) (٣٦٣٩). وابن ماجه بلفظ آخر، كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٢/ ٨٣٠) (٢٤٨٢). قال المنذري: «الراوي عن عمرو بن شعيب هو عبد الرحمن بن الحرث المخزومي المدني، تكلم فيه الإمام أحمد» «مختصر سنن أبي داود» (٥/ ٢٤٢).
وأخرجه الحاكم عن عائشة رضي الله عنها، كتاب البيوع، باب لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ (٢/ ٦٢). وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

(٤) أخرجه البخاري بلفظ آخر، كتاب المساقاة، باب سَكْر الأنهار (٥/ ٣٤) (٢٣٥٩)، (٢٣٦٠). وكذا مسلم، كتاب الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ (١٥/ ١٠٧ - ١٠٨). وأخرجه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء (٢/ ٨٢٩) (٢٤٨٠). والنسائي، كتاب آداب القضاء، باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان (٨/ ٢٣٨ - ٢٣٩). وأبو داود، كتاب الأقضية، أبواب من القضاء (٣/ ٣١٥) (٣٦٣٧).

النهر الصغير[١]. والحَرّةُ: الأرض التي ألبست الحجارة السود[٢]، والجَدر: الجدار[٣].

واختلفوا في تنزيل الخبر، قيل: إن النبي ﷺ أمره باستيقاء زيادة على القدر المستحق؛ تغليظاً على الأنصاري، حيث اتهم رسول الله ﷺ. وقيل ـ وهو الأصح ـ: إنه كان قد استنزله عن بعض حقه، فلما أساء الأنصاري الأدب، قال له: استوف حقّك. ومن قال بهذا، قال: إذا بلغ الماء الكعب بلغ أصل الجدار، فلا مخالفة بين التقديرين. ووراء هذا المشهور أمران:

أقربهما: الرجوع في قدر السقي إلى العادة والحاجة، وقد ذكر أقضى القضاة الماوردي[٤]، أنه ليس[٥] التقدير بالبلوغ إلى الكعبين على عموم الأزمان والبُلدان؛ لأنه مقدّر بالحاجة، والحاجة تختلف باختلاف الأرض، وباختلاف ما فيها من زرعٍ وشجرٍ، ووقت الزراعة ووقت السقي.

---

(١) الشراج ـ بالكسر ـ: جمع شرج، وهو مسيل الماء من الحرة إلى السهل. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب الجيم (٢/ ٦٣) (شرج).

(٢) الحرة: اسم جنس جمعي، وهي اسم الأرض ذات حجارة نخرة سود كأنها أحرقت بالنار.
وقيل: الحرة من الأرضين: الصلبة الغليظة التي ألبستها حجارة سود نخرة كأنها مطرت. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الراء (٣/ ١٣٢) (حرّ).

(٣) الذي ورد في أكثر الروايات لفظ (الجدر) بفتح الجيم وسكون الدال. والجدر: الحائط كالجدار، أو هو أصل الجدار. وجمعه: جدر بضم فسكون، وبضمتين، وجدران. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الراء (٣/ ٨٩) (جدر).
قال ابن حجر: «هو ما وضع بين شربات النخل كالجدار، وقيل: المراد الحواجز التي تحبس الماء، وجزم به السهيلي». والمعنى: أن يصل الماء إلى أصول النخل.
والشَّرَبات: «هي الحفر التي تحفر في أصول النخل». انظر: «فتح الباري» (٥/ ٣٧).

(٤) «الأحكام السلطانية» ص١٨١.

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (ليس له).

وأغربهما ـ عن الداركي وجه ـ: أن الأعلى لا يقدَّم على الأسفل، ولكن يسقون بالحصص، ويُحكى هذا عن أبي حنيفة[١] رضي الله عنه.

ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً وبعضها منخفضاً[٢]، ولو سقيا معاً لزاد الماءُ في المنخفضة على الحدِّ المشروع، أفرد كل واحد منهما بالسّقي بما هو طريقه. وإذا سقى الأعلى ثم احتاج إلى السَّقي مرّة أخرى مُكِّن.

وروى أبو عاصم العبّادي وجهاً: أنه لا يُمكَّنُ؛ لأنه روي في خبر عُبادة رضي الله عنه: «وتُرسِلُ الماء حتى تنتهي الأراضي»[٣].

وإذا تنازع اثنان أرضاً هما متحاذيتان، وأرادا[٤] شقَّ النّهر من موضعين متجاذبين يميناً ويساراً، فيُقرع أو يُقسّمُ الماء بينهما؟ أو يقدِّم الإمام من يراه؟ حكى العبادي فيه ثلاثة أوجه.

ولو أراد إنسان إحياء موات وسقيه من هذا النهر، نُظر: إن لم يكن فيه تضييقٌ، فلا منع. وإن كان، مُنع[٥]؛ لأن الأوّلين بإحياء أراضيهم استحقوا مرافقها، وإنه من أعظم مرافقها[٦]. وعمارة حافّات هذه الأنهار من وظائف بيت المال. ويجوز لمن أراد أن يبني عليها قنطرةً لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً، وأمّا بين العمران فهو كحفر البئر في الشّارع لمصلحة المسلمين.

---

(١) «الهداية» (١٠/ ٨٥).

(٢) كذا في (ز)، (ط العلمية)، وفي غيرهما: (بعضها مرتفعة وبعضها منخفضة).

(٣) قال ابن حجر: «الرواية التي أشار إليها بقوله: «حتى تنتهي الأراضي»، لم يوجد لفظها. نعم، عند المذكورين في رواية إسحاق بن يحيى عن جده عبادة: «حتى تنقضي الحوائط». «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٦).

(٤) في (ط العلمية): (أو أراد)، وفي (ز)، (هـ): (أو أرادا).

(٥) قوله: (وإن كان مُنع) سقط من (ي).

(٦) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤٣)، «التهذيب» (٤/ ٥٠٧).

ويجوز بناء الرّحى عليها إن كان الموضع مِلكاً له أو مواتاً محضاً. وإن كان بين الأراضي المملوكة، فإن تضرّر المُلّاك لم يجز، وإلا فوجهان:

أحدهما: المنع، كالتصرّف في سائر مرافق العمارات.

وأشبههما: الجواز، كإشراع الجناح في السِّكة غير المسندة.

وهذا إذا لم تكُن الأنهار والسّواقي مملوكة. أما إذا كانت مملوكة، بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، أو من النهر المنخرق منه، فالماء باقٍ على إباحته، لكنَّ مالك النّهر أحق به، كالسيل يدخل ملكه فليس لأحدٍ مزاحمتُهُ لسقي الأرضين.

وأما الشُّرب والاستعمال وسقي الدوابِّ: فقد قال الشيخ أبو عاصم: ليس له المنع، وتابعه صاحب «التتمة». ومنهم من أطلق القول: بأنه لا يدلي فيه أحدٌ دلواً.

ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهراً إن لم يضيّق عليه، وإن ضيّق فلا.

وإن اشترك جماعةٌ في الحفر، اشتركوا في الملك على قدر عملهم[١]، فإن شرطوا أن يكون النّهر بينهم على قدر ما يملكون من الأراضي، فليكن عملُ كلِّ واحدٍ منهم على قدر أرضه[٢]. فإن زاد واحدٌ متطوّعاً، فلا شيء له على الباقين. وإن زاد مكرهاً أو شرطوا له عِوضاً، رجع عليهم بأجرة ما زاد.

وليس للأعلى حبسُ الماء عن[٣] الأسفل، بخلاف ما إذا لم يكن الموضع مملوكاً.

وإذا اقتسموا الماء بالأيام والسّاعات جاز، ولكل واحدٍ الرجوع متى شاء، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن يستوفي الشريكُ، ضمن له أجرة مثل نصيبه من

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٠٧).

(٢) في (ط العلمية): (ضيق أرضه).

(٣) في (ط العلمية): (على).

النهر للمدة التي أجرى فيها الماء. وإن اقتسموا الماء نفسه، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة إن شاء الله تعالى. ولو أرادوا قِسمة النهر وكان عريضاً جاز، ولا يجري فيه الإجبار كما في الجدار الحائل[1].

ولو أراد الشركاء الّذين أراضيهم أسفل، توسيع فم النهر لئلا يقصر الماء عنهم، لم يجز إلا برضا الأولين؛ لأن تصرُّف الشّريك في الملك المشترك لا يجوز إلا برضا الشريك. وأيضاً فقد يتضرّرون بكثرة الماء.

وكذا لا يجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضا الآخرين. ولا لواحد منهم بناءُ قنطرةٍ أو رحى عليها. ولا غرس شجرة على حافّته إلا برضا الشركاء.

ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي ينساق فيها الماء إلى أرضه، أو تأخيره، فكذلك، بخلاف ما[2] لو قدَّم باب داره إلى رأس السكة المنسدة؛ لأنه يتصرّف هناك في الجدار المملوك، وهاهنا في الحافّة المشتركة.

ولو كان لأحدهم ماء في أعلى النّهر فأجراه في النهر المشترك برضا الشُركاء، ليأخذه من الأسفل، ويسقي به أرضه، فلهم الرجوع متى شاءوا؛ لأنه عارية.

وتنقية هذا النهر وعمارته، يقوم بها الشركاء بحسب الملك.

وهل على كلّ واحدٍ منهم عمارة الموضع الذي ينسفل[3] عن أرضه؟ فيه وجهان:

---

(١) من قوله: (ولو أرادوا) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قوله: (ما) سقط من (ط العلمية).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (يستقل).

أحدهما ـ وهو المذكور في «الشامل»، وبه قال أبو حنيفة[١] ـ: لا؛ لأن المنفعة فيه للباقين.

والثاني: نعم؛ لشركتهم فيه، وانتفاعهم بإرسال الماء فيه، وهذا أصح عند العبادي.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: (أما المياه فثلاثة)، قصد به أن الماء: إما محرز في الأواني، فهو مختص بالمحرز ملك له من أي موضع أخذ. وإما غير محرز، وينقسم إلى ما يحدث من موضع غير مملوك كالمياه المباحة العامّة، وإلى ما يحدث من موضع مملوك كماء القنوات، فهي ثلاثة أقسام. وفي معنى الأواني الحوض المملوك، إذا جمع فيه الماء.

وأعلم قوله: (فهو ملك)، بالواو؛ للوجه المذكور في «النهاية»[٢].

وقوله: (يصحُ بيعُه)، ضربٌ من التأكيد. وفي قوله: (كسائر الأملاك)، ما يفيده.

وقوله: (إلى الكعب)، يجوز أن يُعلم بالواو؛ للوجه الذاهب إلى أنه لا تقدير، والمرعي الحاجة. وكذا قوله: (لا يلزم)؛ للوجه المنقول عن الداركي.

فروع:

كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر، إذا رأينا لها ساقية منه، أو لم نجد لها شرباً من موضع آخر، حكمنا عند التنازع بأن لها فيه شرباً.

---

(١) «الهداية» (١٠/ ٨٣).

وهذا عند أبي حنيفة، لأن المقصد من العمارة الانتفاع بالسقي، وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفاع غيره. وخالفه الصاحبان، لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل، لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٠).

ولو تنـازع شركـاء النهر في قدر أنصبائهم فيجعل على قدر الأراضي؛ لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك، أو بالسّوية؛ لأنه في أيديهم؟ فيه وجهان. وبالأول قال الإصطخري.

وإذا صادفنا نهراً يُسقى منه أراضٍ، ولم ندر أنه حُفر أو انحرق؟ حُكم بكونه مملوكاً؛ لأنهم أصحاب يد وانتفاع فلا يُقدّم بعضهم على بعض، ولو لم يكن مملوكاً لزم التّقدم.

وأكثر هذه المسائل مما يشتمل عليه كتاب «المياه»[1] للشيخ العبادي.

قال:

(والثالث: ماءٌ مُتردِّدٌ[2] بينَ العُموم والاختصاص، وهو ماءُ البئرِ؛ فهو مُختَصٌّ به ولا يلزمُ بذلُه لغيرِه (و) لغَرَضِ الزرعِ (و) إلا بعِوَضٍ، وهل يلزمُه بذلُه للماشية؟ إن لم يكن البئرُ مملوكاً له؛ بل كان قصدُه من الحَفْرِ الانتفاعَ بالماء: وجبَ البَذْل؛ للحديث، وإن كان مملوكاً: فالظاهرُ وجوبُه؛ للحديث. ومنهم مَن خصَّصَ بما لم يُملَكْ مَنبَعُه، وألحقَ هذا بالمُحرَزِ في الأواني[3]).

لمّا فرغ من الكلام في القسمين الأولين، وهما العام والخاص، شرع في الثالث المتردد بينهما، وهو مياهُ الآبار والقنوات.

---

(١) في (ز): (المساقاة).

(٢) في (ط العلمية): (ما تردد).

(٣) في (ز)، (ط العلمية): (بالأواني).

وهي من حيثُ إنها حاصلةٌ في الموضع المختص بالإنسان، تشبه الماء المُحرز في الآبار. ومن حيث إنها تبذل وينبسط[١] الناس فيها، تشبه المياه العامة، ولذلك يجب بذلها على تفصيل سنذكره. هذا على موجب تقسيمه المذكور في الكتاب.

وأما على موجب ما قدّمناه، فنقول:

القسم الثالث: المياه[٢] المختصّة ببعض الناس، وهي مياه الآبار والقنوات:

واعلم أولاً أن حفر البئر يُصوّر على أوجه:

أحدها: الحفر في المنازل للمارّة.

والثاني: الحفر في الموات على قصد الارتفاق دون التّملك، كمن[٣] ينزل في الموات فيحفر للشّرب وسقي الدواب.

والثالث: الحفر على قصد التّملك. والقول في أن البئر متى تُملك سيأتي.

والرابع[٤]: الحفر الخالي عن هذه القصود[٥].

إذا عرفت ذلك، فالبئر المحفورة للمارّة، ماؤها مشترك بينهم، والحافر كأحدهم، ويجوز الاستقاء منها للشرب وسقي الزُّروع، فإن ضاق عنهما فالشرب أولى.

والبئر المحفورة على قصد الارتفاق دون التملك، فالحافر أولى بمائها إلى

---

(١) تقدم أن البسط: النشر والتوسيع. ومن المجاز قولهم: بسَطَ المكانُ القومَ، وَسِعَهم. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الطاء (٥/ ١٠٥) (بَسَط).

(٢) قوله: (المياه) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (لمن).

(٤) من قوله: (الحفر على) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (هذا المقصود).

أن يرتحل، لكن ليس له منع ما فضل عنه عمن يحتاج إليه للشرب، إذا استسقى بدلو نفسه، ولا منع مواشيه[١]؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ، منعه الله فضل رحمته يوم القيامة»[٢]، والمراد: أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء، فإذا منع من الماء فقد منع من الكلأ وحازه لنفسه.

وله أن يمنع غيره من سقي الزرع به؛ لأن الحيوان أعظم حرمة. وللإمام فيه احتمال من حيث إنه لم يملكه، والاختصاص إنما يكون بقدر الحاجة. وبهذا أجاب في «التتمة». فحصل وجهان.

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله أن يفضل عن سقيه ومواشيه ومزارعه[٣]. قال الإمام[٤]: وفي المزارع احتمال على بعد.

وإذا ارتحل المرتفق، صارت البئر كالبئر المحفورة للمارة، فإن عاد فهو كغيره. وأما البئر المحفورة للتملك، وفي الملك[٥]، فهل يكون ماؤها ملكاً؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: لا؛ لظاهر قوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة:

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٤).

(٢) أخرجه الشافعي، من كتاب الطعام والشراب وعمارة الأرضين ص٣٨٢، والبيهقي في «السنن الصغرى» (٥/ ٤٥٦) رقم(٢١٧٥) واللفظ لهما. وأخرجه البخاري بلفظ: «لا يُمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ» كتاب الحرث والمزارعة، باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يرْوَى لقول النبي ﷺ لا يُمنع فضل الماء (٥/ ٣١) (٢٣٥٣). وكذا أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء وبيع ضراب الفحل (١٠/ ٢٣٠).

(٣) قال النووي: «المراد: الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره، أما الواجب بذلك لعطش آدمي محترم فلا يُشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية». «روضة الطالبين» (٥/ ٣٠٩).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣١-٣٣٢).

(٥) قوله: (وفي الملك) سقط من (ز).

الماءِ والنّارِ والكلأِ»[(١)]. وأيضاً: فإن لمكتري الدار أن ينتفع بماء بئرها، ولو كان ملكاً للمكري، لما جاز له التصرف فيه.

وأظهرهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: نعم؛ لأنه نماء ملكه، فأشبه التّمرة واللّبن، ويُحكى هذا عن نصه في القديم، و«حرملة»[(٢)].

ويجري الخلاف فيما إذا تفجّرت عينٌ في ملكه، ثم على الوجه الأول: إذا نبع الماء من[(٣)] ملكه وخرج، ملَكه من أخذه. وعلى الثاني: لا يملك.

ولو دخل داخل ملكه وأخذه، ففي تملكه الوجهان. وسواء قلنا: يملك أو لا يملك، فلا يجبُ على مالك البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره[(٤)]، خلافاً لأحمد[(٥)] في إحدى الروايتين، وبه قال بعض أصحابنا فيما حكاه القاضي الماوردي[(٦)].

وفي البذل للماشية وجهان:

أصحهما: الوجوب[(٧)]؛ لحديث أبي هريرة.

والثاني ـ وبه قال أبو عبيد بن حربويه[(٨)] ـ: لا يجب[(٩)] كما لا تجب إعارة

---

(١) تقدم تخريجه ص١٨٥ من هذا الجزء.

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٣).

(٣) في (ط العلمية): (في).

(٤) في (ي)، (ز)، (هـ): (الغير).

(٥) «المحرر» (١/ ٣٦٨).

(٦) «الأحكام السلطانية» ص١٨٣.

(٧) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٠٦).

(٨) أبو عبيد بن حربويه: القاضي علي بن الحسين بن حرب البغدادي، من تلامذة أبي ثور، كان ثقة ثبتاً عليه وقار وهيبة وحشمة. له في قضاء مصر أزيد من (١٨ سنة). رجع بعد عزله إلى بغداد وحدث وأملى. توفي في صفر سنة (٣١٩هـ) ببغداد، وصلى عليه الإصطخري. انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ١٩١ - ١٩٢) (٣٦٠)، «طبقات الشافعية الكبرى» (٣/ ٣٠١ -٣٠٣).

(٩) انظر: «الأحكام السلطانية» ص١٨٣.

الدلو والرشاء، وبذل الماء المحرز في الإناء، والحديث محمول على الاستحباب وهذا ما اختاره الإمام[١]، وحكاه عن[٢] القاضي. ولكنّ الجمهور على الأول.

التفريع:

شرط الماوردي[٣] لوجوب البذل شروطاً:

أحدها: ألاّ يجد صاحب المواشي كلأً مباحاً.

والثاني: أن يكون هناك كلأٌ يُرعى، وإلا لم يجب. وفي «التتمة»: ذكر وجهين في هذه الشرط[٤].

والثالث: أن يكون الماء في مستقره، فأما المأخوذ في الإناء فلا يجب بذلُهُ وإن فضل عن حاجته.

وعن أبي الحسين بن القطّان: أنّ من الأصحاب من أوجبه.

ثم عابرو السبيل يُبذل لهم ولمواشيهم. وفيمن أراد الإقامة في الموضع[٥]، وجهان؛ لأنه لا ضرورة له إلى الإقامة.

وحكى القاضي ابن كج وجهين: في أنه هل يجب البذل للرعاة كما يجب للمواشي؛ لأنها لا تستقل بنفسها، فالمنع[٦] منهم يتضمّن المنع منها. وهذا كالمستبعد؛

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٢).
(٢) قوله: (عن) سقط من (ز).
(٣) «الأحكام السلطانية» ص١٨٣.
(٤) في (هـ): (في هذه الشروط)، وفي (ط العلمية): (من هذه الشروط).
(٥) في (ي): (بهذا).
(٦) في (ي)، (ط العلمية): (والمنع).

لأن البذل لسقي[١] الناس رعاة كانوا[٢] أو غيرهم، أولى من البذل للمواشي، إلّا أن يُنظر إلى أن منع المواشي يتضمّن الاستئثار بالكلأ المباح أو تضييعه.

على أن الإمام[٣] نقل وجهين في المنع من الشرب على الإطلاق، إذا فرّعنا على أن الماء مملوك. وإذا أوجبنا البذل، فهل يجوز أن يأخذ عليه عِوضاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يطعم المضطر بالعوض.

وأصحهما: لا[٤]؛ لما روي عن جابر رضي الله عنه «**أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء**»[٥].

وأما إذا حفر، ولم يقصد التملك ولا غيره، ففيه وجهان مذكوران في «النهاية»[٦]:

أظهرهما: أنه لا اختصاص لماء البئر به، والناس كُلُّهم فيه سواء.

والثاني: أنّ القدر الذي يحتاج إليه يختص به، فيكون التوصُّل إلى الماء مُفيداً للاختصاص وإن لم يقصد، كما أن الإحياء قد يفيد الملك وإن لم يقصد.

وقوله في الكتاب: (وهو ماء البئر، فهو مختصٌّ به)، يشتمل ظاهرُهُ البئرَ المحفورة للتّملك، والمحفورة للارتفاق.

---

(١) في (ز)، (ط العلمية): (لسقاة).

(٢) قوله: (كانوا) سقط من (هـ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٢-٣٣٣).

(٤) «وهو المذهب، لأن الماء يخلف ما دام في منبعه» «التهذيب» (٤/ ٥٠٦ - ٥٠٧).

(٥) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، تحريم بيع فضل الماء وبيع ضراب الفحل (١٠/ ٢٢٨). والترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في بيع فضل الماء (٢/ ٣٧١) (١٢٨٩).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٥-٢٩٦، ٣٠١).

وهذا الظاهر معمول به، فإن الاختصاص ثابتٌ في مائهما، إلا أنه قال: (ولا يلزم بذله لغرض الزرع إلّا بعوض)، وإنما يجوز أخذُ العوض على تقدير كون الماء مملوكاً.

ثم لا بد هاهنا من معرفة أمور:

أحدها: أن قوله: (ولا يلزم بذلُهُ)، وقوله[1]: (هل[2] يلزمُهُ بذلُه)، محمولان على بذل الفاضل عن حاجته، فأما كل الماء فلا يلزم بذلُه بحال.

والثاني: أنّ بيعه وأخذ العوض عليه[3] كيف يجوز؟ وسيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل.

والثالث: إن قوله: (إلّا بِعوضٍ)، ليس باستثناء محقق، فإن البذل بالعوض غير لازم أيضاً.

والرابع: أن قوله: (ولا يلزم بذله)، يجوزُ أن يُعلم بالواو؛ لما سبق من الخلاف فيما يُحفر للارتفاق، وما يُحفر للتملك جميعاً، وبالألف أيضاً؛ لما مرّ والله أعلم.

قال:

(أما القناةُ المُشترَكة: فالمِلكُ فيها بِحسبِ الاشتراكِ في العمل، ولهم القِسمةُ بنَصْبِ خشبةٍ فيها ثُقْبٌ مُتساوية. وتصحُّ المهايأة، ولا تلزمُ على الأظهر (و).).

حُكْمُ القنوات حُكْمُ الآبارِ في مِلك مياهها وفي لزوم البذل، وغيرهما إلّا أنّ

(١) قوله: (قوله) سقط من (ز).

(٢) قوله: (هل) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (عنه).

حفرها لمجرّد الارتفاق لا يكاد يتفق[١]، ومهما اشترك المتملكون في الحفر اشتركوا في الملك، بحسب اشتراكهم في العمل والارتفاق[٢] كما ذكرنا في النّهر المملوك.

ثم لهم قسمة الماء[٣]، بأن يُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر، ويفتح فيها ثقب متساوية، أو متفاوتةٌ على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبة، والآخر ثقبتين، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه.

وله أن يدير رحى بما صار له. ولا يشق واحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحى.

وإن اقتسموا بالمهايأة جاز أيضاً، وقد يكون الماء قليلاً لا يُنتفعُ به إلا كذلك، ولكل واحد منهم الرجوع كما قدّمنا في النهر. هذا هو الظاهر، ووراءه وجهان:

أحدهما ـ عن القاضي الحسين ـ: أن القسمة بالمهايأة لا تصح أصلاً؛ لأن الماء يزيد وينقص، وفائدة السقي تختلف باختلاف الأيام.

والثاني: أنها تلزم، ليثق كل واحد منهم بالانتفاع.

فرع[٤]:

الذين يسقون أراضيهم من الأودية المتاحة لو تواضعوا[٥] على مهايأة،

---

(١) في (ط العلمية): (يقع).

(٢) في (ي)، (هـ): (أو الارتفاق).

(٣) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٠٨)، «الحاوي» (٩/ ٣٦٦).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٤٧).

(٥) في (هـ): (توافقوا).

وجعلوا للأولين أيّاماً، وللآخرين أيّاماً على ما يعتاد في أودية قزوين، فهذا رضاً[١] من الأولين بتقدّم الآخرين، ومسامحة غيرُ لازمةٍ، ولها شبهٌ بأصول، منها: هبة الضَّرَّة نوبتها من الضَّرَّة، والظاهر: أنّ من رجع من الأولين مُكِّن من سقي أرضه.

ونختم الباب بالكلام في بيع الماء:

أمّا المُحرزُ منه في الإناء، فبيعه صحيح. وفيه الوجهُ الضّعيف الذي تقدّم. وكذا لو أُحرِزَ في حوضٍ، وليكن عُمْقُه معلوماً.

ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيهما، أمّا إذا جعلناه مملوكاً، فلكونه مجهولاً، وأيضاً: فإنه يزيد شيئاً فشيئاً، ويختلط المبيع بغير المبيع، فلا يمكن التّسليم. وإما إذا لم نجعله مملوكاً؛ فللمعاني الثلاثة.

ولو باع منه آصعاً، فإن كان جارياً كماء القناة، لم يجز؛ إذْ لا يمكن ربط[٢] العقد بمقدار معلوم مضبوط[٣]؛ لعدم وقوفه. وإن لم يكن جارياً كماء البئر، فكذلك[٤] إن قلنا: إنه غيرُ مملوكٍ.

وإن جعلناه مملوكاً؛ فعن القفّال: أنه لا يجوز أيضاً؛ لأنه يزيد فيختلط المبيع بغير المبيع. قال صاحب «التهذيب»[٥]: والأصح الجواز، كما لو باع صاعاً من صُبرةٍ، واعتذر بأن تلك الزيادة قليلة، فصار كبيع القَتِّ[٦] في الأرض بشرط القطع.

---

(١) في (ط العلمية): (أيضاً).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (ضبط).

(٣) في (ي)، (هـ): (بمقدار مضبوط)، وفي (ط العلمية): (بمقدار معلوم).

(٤) في (ط العلمية): (فكذلك المبيع).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٠٣).

(٦) القَتُّ: هو الإسْفِسْت بالكسر، وهي الفِصْفِصَة، أي الرَّطْبَة من علف الدّواب، أو اليابسة منه. انظر: =

ولك أن تمنع ذلك، وتقول: كيف تشبه زيادة العين الفوارة نماء الزروع[١] على تدرُّجه؟ ثم لك أن تستبعد الاحتجاج والاعتذار معاً؛ لأن المبيع ليس جُملة الماء، حتى يُقال: إذا زاد اختلط المبيع بغير المبيع، وتعذّر التسليم، وإنما المبيع آصُع منه، وبالزيادة لا يتعذّر تسليم الآصع، وهذا كما لو باع صاعاً من صبرة، وصبَّ عليها صبرة أخرى، فإن البيع بحاله، على قولنا: إن المبيع صاع من الجُملة، ويبقى البيع[٢] ما بقي صاع.

والأوجه: أن يُبنى قول القفّال على مذهبه في أن بيع صاع من صُبرةٍ مجهولةِ الصِّيعان، لا يجوز.

ولو باع الماء مع قراره، نُظر: إن كان جارياً، فقال: «بعتك هذه[٣] القناة مع مائها»، أو لم يكن جارياً، وقلنا: إن الماء لا يُملك، لم يجز البيع في الماء. وفي القرار قولا تفريق الصّفقة.

وإن قلنا: أنه[٤] يملك، جاز.

ولو باع بئر الماء وأطلق، أو باع داراً فيها بئر ماء، جاز. ثم إن قلنا: إنه يملك فالموجود وقت البيع، يبقى للبائع، وما يحدُثُ يكون للمشتري.

قال في «التهذيب»[٥]: وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر

= «القاموس المحيط» باب التاء، فصل القاف ص١٥٧ (القت). «تاج العروس» فصل القاف، باب التاء (١/ ٥٧١) (قتّ).

(١) في (ي)، (ط العلمية): (بالزروع بل بماء الزرع).

(٢) في (هـ): (المبيع).

(٣) في (ط العلمية): (ماء).

(٤) قوله: (أنه) سقط من (ي).

(٥) هذا التعليق الذي ذكره للبغوي، غير مذكور في «التهذيب» في هذه المسألة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٠٤).

للمشتري، وإلا فيختلط الماءان، وينفسخ البيع. وإن قلنا: إنه[١] لا يُملك، فقد أطلقوا قولهم بأن المشتري أحق بذلك الماء، وليحمل على ما ينبع بعد البيع. فأما ما نبع قبله، فلا معنى لصرفه إلى المشتري.

ولو باع جُزءاً شائعاً من البئر أو القناة جاز، وما ينبع فمشترك بينهما إما اختصاصاً مجرّداً أو مِلكاً.

* * *

(١) قوله: (إنه) سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(فإن قيل: وما طريقُ إحياءِ المَواتِ؟ قلنا: إن قصدَ المَسكنَ فلا يَملِكُ إلا بالتحويطِ وتعليقِ البابِ (و) وتسقيفِ (و) البعض؛ إذ به يصيرُ مَسكِناً. ولا يحتاجُ في الزَّريبةِ[١] إلى التسقيف. وفي البُستانِ يحتاجُ مع التحويطِ وتعليقِ البابِ (و) إلى حَفْرِ الأنهارِ وسَوقِ الماءِ إليه. (و) وفي المَزرَعةِ إلى جَمْع (و) الترابِ حَوالَيهِ وتسويةِ الأرضِ وسَوقِ الماءِ إليها. والأظهر: أنه يحتاجُ إلى الزَّرعِ فيه[٢]. وفيه وجهٌ آخَر: أنّه لا يحتاجُ إليه[٣]، كما لا يحتاجُ إلى السُّكونِ في الدار، واللهُ أعلم).

مقصود الفصل: الكلام في أن إحياء الموات ماذا؟ وكان ذكره في[٤] مسائل الإحياء أولى، لكن كأنّهُ غفل عنه هناك، ولم يكن إلى إهماله سبيلٌ، فاستدركه في آخر الكتاب.

وقال الأصحاب: أصل الفصل أنّ الإحياء في الشّرع ورد مطلقاً، فينزل[٥] على ما يُعدُّ إحياء في العُرف[٦] كالقبوض والإحراز، ويختلف ذلك باختلاف ما يُقصد[٧] من عمارة الموات. وتفصيله بصور:

---

(١) الزريبة: حظيرة الغنم من خشب. وهو مجاز، لأنه مأخوذ من الزرب الذي هو المدخل. انظر: «تاج العروس» فصل الزاي، باب الباء (١/ ٢٨٦) (زرب).

(٢) قوله: (فيه) زيادة في (ز).

(٣) قوله: (إليه) سقط من (ز).

(٤) في (ز)، (هـ): (مع).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (فيترك).

(٦) قال الشافعي: «الإحياء ما عرفه الناس إحياءً لمثل المحيا». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣١). قال الماوردي: «لأنه ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة، كان تقديره مأخوذاً من العرف». «الحاوي» (٩/ ٣٣٣).

(٧) في (ز)، (هـ): (يقصده).

إحداها: إذا أراد المسكن، اعتبر في الملك ثلاثة أمور[١]:

أحدها: التحويط إما بالآجر أو اللبن أو بمحض الطين[٢] أو ألواح الخشب أو القصب، بحسب العادة.

والثاني: تسقيف البعض ليُتهيأ للسكنى، ولأن اسم الدار حينئذ يقع عليه. وعن صاحب «التقريب» وجهٌ: أنّه لا حاجة إلى التسقيف.

والثالث: تعليق[٣] الباب؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يُتّخذ مسكناً. وفي «الشامل» وجهٌ آخر: أنّه لا يُعتبر[٤]؛ لأن نصب الباب للحفظ، والسكنى لا يتوقّف عليه[٥].

الثانية: إذا أراد زريبة للدّوابِّ أو حظيرة يجفِّف فيها الثمار، أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، اعتُبِر التحويط، ولا يكفي نصبُ سعف وأحجار من غير بناء[٦]؛ لأن المتملك لا يقتصر عليه في العادة، وإنما يفعل مثله المجتاز المرتفق.

ولو حوَّط بالبناء في طرف، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسّعف: حكى الإمام[٧] عن القاضي: أنّه يكفي. وعن شيخه: المنع. ولا يشترط التّسقيف هاهنا. وفي تغليق الباب ما سبق من الخلاف.

---

(١) كذا عند أبي إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٥/ ٢١١).

(٢) قوله: (أو بمحض الطين) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (تغليق).

(٤) وكذا لم يذكر الماوردي نصب الباب. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣٣).

(٥) في (ط العلمية): (ولا تتوقف عليه).

(٦) ويعتبر تحجيراً وليس بإحياء. «الحاوي» (٩/ ٣٣٣).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٢-٢٩٣).

الثالثة: إذا أراد أن يتّخذ مواتاً مزرعة فيعتبر في إحيائه أمورٌ:

أحدها: جمع التّراب حواليه، لينفصل المُحيا عن غيره، وفي معناه نصب[١] قصب وحجر[٢] وشوك، ولا حاجة إلى التحويط، فإن معظم المزارع بارزة.

والثاني: تسويةُ الأرض بطمِّ المنخفض، وكسح المستعلي، وحراثتها وتليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماءٍ يُساق إليها، فلا بد منه؛ لتتهيّأ الأرض للزراعة.

والثالث: ترتيبُ ماء لها، إما بشقِّ ساقية من نهرٍ، أو حفر بئر وقناة وسقيها هكذا أطلق مطلِقون[٣].

والأشبه: تفصيلٌ ذكره القاضي ابن كج، وتلخيصه: أن البقعة إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء، فلا حاجة إلى سقيٍ ولا ترتيب ماءٍ. وحكى عن أبي علي الطبري وجهاً: أنه لا بد منه[٤]، وضعّفه.

وإن كانت تحتاج إلى ماءٍ يُساق إليها، لزم تهيئته من عين أو بئر[٥] أو غيرهما. وإذا هيّأه، نُظر: إن حفر له الطريق ولم يبق إلّا إجراء الماء فيه، كفى، ولم يشترط الإجراء ولا سقي الأرض. وإن لم يحفر بعد، فوجهان. وفي كلام الإمام[٦] أيضاً ما يدل على أن السقي نفسه غير محتاج إليه، وإنما الحاجة إلى ترتيب ماء يمكن[٧] السّقي منه.

---

(١) قوله: (نصب) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (قصب وحجر) زيادة في (ز)، (هـ).

(٣) كذا في «الحاوي» (٩/ ٣٣٤)، «المهذب» (١٥/ ٢١١)، «التهذيب» (٤/ ٤٩٤).

(٤) في (ط العلمية): (لا بد له منه).

(٥) في (ط العلمية): (نهر).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٩٣).

(٧) في (ي)، (ز)، (هـ): (ما يمكن).

وأراضي الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها، ولا يصيبُها إلا ماء السّماء: مال صاحب «التقريب» إلى أنه لا مدخل للإحياء فيها، وبه قال القفّال، وبنى عليه أنّا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضي في يد إنسان لم يُحكم بأنه مِلكه، ولا يجوز بيعه وإجارته.

ومن الأصحاب من قال: إنها تُملك بالحراثة وجمع التراب على الأطراف، وكم من مزرعة تستغني بالمطر عن سوق الماء إليها. وهذا ما اختاره القاضي الحسين.

واعلم أن هذا[١] الخلاف، والخلاف[٢] في أنه هل يجوز[٣] إجارة الأراضي التي ليس لها ماء معلوم للزراعة، قريبان مُستمدان من مأخذٍ واحد.

فإن قلت: الخلاف في جواز الإجارة يدُلُّ على كـون الأرض مملوكة، فكيف ينتظم استمدادها من أصل واحد؟ فالجواب: أن الخلاف في جواز الإجارة في الأراضي المملوكة التي سيق الماء إليها عند الإحياء، ومُلكت، ثم انقطع الماء بانكباس القناة، وانهيار البئر، لا في الأراضي التي لا ينساق الماء إليها بحال، وحينئذٍ ينتظم ما ذكرناه.

وهل تشترط الزراعة لحصول المِلك في المزرعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنّ الدار والزريبة لا تصير مُحياة إلا إذا حصل فيها عين مال المحيي، وكذا المزرعة.

والثاني: لا[٤]؛ لأن الزراعة استيفاء منفعة الأرض، واستيفاء المنفعة خارجٌ عن حد الإحياء، ألا ترى أنه لا يعتبر في إحياء الدار أن يسكنها. ويُنسب الأول

---

(١) قوله: (هذا) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (والخلاف) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (أنه يجوز).

(٤) وهو قول أبي إسحاق المروزي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٣٤)، «المهذب» (١٥/ ٢١١).

إلى ظاهر النّص[١]، لكنّ الثاني أوضح، والأكثرون مائلون إليه، حتى أن القاضي الماوردي[٢] غلّط من قال بغيره.

الرابعة: إذا قصد بستاناً أو كرماً، فلا بد من التحويط.

وبم[٣] يُحوِّط؟ ردّ القاضي ابن كج الأمر فيه إلى العادة، وقال: إن كانت عادة البلد بناء الجدار، لزم البناء. وإن كانت عادتهم الحظر[٤] بالقصب والشّوك، وربما تركوه أيضاً كما بالبصرة وقزوين، اعتبرت عادتهم، وحينئذ يكفي جمع التراب حواليه كالمزرعة.

والقول في سوق[٥] الماء إليه، على ما ذكرنا في المزرعة. وهل يعتبر غرس الأشجار؟ أمّا من اعتبر الزّرع في المزرعة، اعتبر الغرس في البستان بطريق الأولى. وأما الذين لم يعتبروا الزّرع، فإنهم اختلفوا في الغرس على وجهين. ومعظمهم اعتبروه.

والفرق من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ اسم المزرعة يقع على البقعة قبل الزراعة، واسم البستان لا يقع قبل الغرس.

والثاني: أنّ الزرع يسبقه حرث الأرض وتقليبها[٦]، فجاز[٧] أن يقام مقامه، والغرس لا يسبقه شيء يقام مقامه.

---

(١) وصححه البغوي، «التهذيب» (٤/ ٤٩٤). انظر: «الأم» (٤/ ٤٢ – ٤٣).

(٢) «الأحكام السلطانية» ص١٧٧ – ١٧٨.

(٣) في (ط العلمية): (وكم).

(٤) في (ي): (التحويط بالتحظير)، وفي (ط العلمية): (الحفر).

(٥) في (ط العلمية): (سوق التراب والماء).

(٦) في (ز)، (هـ): (تقليب الأرض وحرثها).

(٧) في (ط العلمية): (مجاز).

والثالث: أنّ الغرس يدوم، فألحق بأبنية الدار[١]، والزّرع بخلافه.

هذا شرح مسائل الكتاب. ويجوز أن يُعلم قوله: (وتعليق الباب وتسقيف البعض)، بالواو؛ لما سبق.

وقوله: (في البستان يحتاج مع التحويط وتعليق الباب، إلى حفر الأنهار)، أراد حفر النهر إلى الماء العد[٢] الذي يسوقه إليه من عين أو نهر.

وفيما قدّمنا ما يعرّفك أنه يجوز إعلام قوله[٣]: (تعليق الباب إلى حفر الأنهار وسوق الماء إليه)، بالواو.

ويجوز أيضاً أن يُعلم قوله: (إلى جمع التراب حواليه في المزرعة)، بالواو؛ لأن الشيخ أبا حامد قال في «التعليق»: «عندي إذا صارت الأرض مزروعة بماء سيق إليها، فقد تم الإحياء وإن لم يجمع التراب حواليها».

واعلم أن طرق الأصحاب متّفقة على أن الإحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن أو حظيرة وغيرهما. وبحث الإمام[٤] فيه عن سببين لا بد منهما:

أحدهما: أن القصد إلى الإحياء، هل يعتبر لحصول الملك فيه؟ وأجاب بأن: ما لا[٥] يفعله في العادة إلا المتملك، كبناء الدور واتخاذ البساتين[٦]، يفيد الملك وإن[٧]

---

(١) قوله: (يدوم فألحق بأبنية الدار) سقط من (ز).

(٢) قوله: (العد) زيادة في (ز)، (هـ).

(٣) قوله: (قوله) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٠٢-٣٠٣).

(٥) قوله: (لا) سقط من (هـ).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (البستان).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (فإن).

لم يوجد منه قصد. وما يفعله المتملك وغير المتملك، كحفر البئر في الموات، وكزراعة قطعة من الموات[١] اعتماداً على ماء السماء، فإذا انضم إليه القصد أفاد الملك، وإلا فوجهان. وما لا يكتفي به المتملك، كتسوية موضع النزول وتنقيته عن الحجارة، لا يفيد التملك وإن قصده.

وشبه ذلك بالاصطياد بنصب الأحبولة[٢] في مدارج الصيود، يفيد الملك في الصيد، وإغلاق الباب إذا دخل الصّيد الدار[٣] على قصد التملك يفيد الملك، ودونه وجهان، وتوحل الصيد في أرضه التي سقاها لا يقتضي الملك، وإن قصده.

والثاني: أنه إذا قصد نوعاً، وأتى بما يُملك به نوع آخر، ما الحكم؟ وأجاب: بأنه يفيد الملك، حتى إذا حوّط البقعة يملكها وإن قصد المسكن؛ لأنه مما يملك به الزريبة لو قصدها.

والجواب عن البحث الأول مقبول، لا يلزم منه مخالفة الأصحاب، بل إن قصد شيئاً، اعتبرنا في كل مقصود[٤] ما فصّلوه، وإلاّ نظرنا فيما أتى به، وحكمنا فيه بما ذكره. وأما الجواب عن الثاني، فمخالفةٌ صريحةٌ لما قالوه؛ لما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً.

وإذا حفر بئراً[٥] في الموات للتملك، لم يحصل الإحياء ما لم يصل إلى الماء.

---

(١) في (ي): (في الموات).

(٢) الأحبولة: الشرك أو المصيدة، والجمع أحابيل. انظر: «القاموس المحيط» باب اللام، فصل الحاء ص٩٨١ (الحبل)، «المصباح المنير» كتاب الحاء (١/ ١١٩) (الحبل).

(٣) في (ي)، (ز): (في الدار).

(٤) في (ز)، (هـ): (مقصد).

(٥) قوله: (بئراً) سقط من (ي).

وإذا وصل، كفى إن كانت الأرض صلبة، وإلا وجب أن يُطوى. وفي «النهاية»[١]: أنه لا حاجة إليه.

وفي حفر القناة، يتم الإحياء بخروج الماء وجريانه.

وإذا حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التّملك: فإذا انتهت فوهة النهر الذي يحفره إلى النهر القديم، وجرى فيه الماء، ملكه كذا ذكره صاحب «التهذيب»[٢] وغيره[٣]. وفي «التتمة»: أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه؛ لأنه استيفاء منفعة، كالسكون[٤] في الدار.

فرعٌ:

سقى أرضه بماء غيره المملوك له، فالريع[٥] لصاحب البذر، وعليه قيمة الماء. قال الحنّاطي: ولو استحلّ من صاحب الماء، كان الطّعام أطيب.

* * *

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٣٢-٣٣٣).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٩٤).

(٣) كذا ذكره في «المهذب» (١٥/ ٢١٢).

(٤) في (هـ): (كالسكن).

(٥) في (ط العلمية): (فالغلة).


كتاب الوقف

قال رحمه الله:

(كتاب الوقف[١])

وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانه ومُصحِّحاته

وهي أربعة[٢]:

الأوَّل: الموقوف: وهو كلُّ مملوكٍ[٣] مُتعيِّن، تحصلُ منه فائدةٌ أو منفعة، لا تفوتُ العينُ باستيفائها. فيجوزُ وقفُ العَقارِ والمنقولِ (ح م) والشائع والمُفرَز. ويجُوزُ وقفُ الأشجارِ لثمارِها، والحيوانِ (ح) لألبانِها وأصوافِها، والأراضي لمنافعِها. ولا يجوزُ وقفُ الحُرِّ نفسَه، ولا وقفُ الدارِ المُستأجَرة، ولا يجوزُ[٤] وقف العبد المُوصى بخدمتِه؛ لأنه لا مِلْكَ في الرَّقَبة. وفي وقفِ المُستولَدةِ والكلب (و) خلاف؛ سببُه التردُّدُ في أنّ الوقفَ هل يُزيلُ مِلكَ الرَّقَبة؟

---

(١) الوقف في اللغة: أصله من وقف بالمكان وقفاً ووقوفاً، أي سكن ودام قائماً. ومن المجاز وقف الدار على المساكين أي حبسها في سبيل الله. ويقال أوقفت بالألف وهي لغة رديئة. انظر: «تاج العروس» فصل الواو، باب الفاء (٦/ ٢٦٨ - ٢٦٩) (وقف)، «المصباح المنير» (٢/ ٦٦٩) (وقفت).
واصطلاحاً: «حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود».
وقال ابن عرفة: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه، في ملك معطيه ولو تقديراً» «مغني المحتاج» (٢/ ٣٧٦)، (الأنصاري، أبو عبد الله محمد) «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٣٩) (الطبعة الأولى ١٩٩٣هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان).

(٢) في (هـ): (الركن).

(٣) في (ز): (عين مملوك).

(٤) قوله: (يجوز) سقط من (ز)، (هـ).

ويجوزُ وقفُ الحُليِّ للُّبْسِ. ووقفُ الدراهم للتزيينِ فيه تردُّدٌ كما في الإجارة. ولا يجوزُ وقفُ الطعام؛ فإنّ منْفعتَه في استهلاكِه[١]).

قسَّم الشافعي[٢] رضي الله عنه العطايا[٣]، فقال: تبرُّع الإنسان على الغير بماله ينقسم إلى منجَّزٍ في الحياة، وإلى معلَّقٍ بالموت. والثاني: هو الوصيَّةُ.

والأول ضربان: **أحدهما**: تمليك محض[٤]، كالهبات والصَّدقات. **والثاني**: الوقف، وهو مقصود الباب، ويُسمَّى وقفاً؛ لما فيه ومن وقف المال على الجهة المعيّنة، وقطع سائر الجهات والتصرُّفات عنه.

والأصل فيه: ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مَلَكَ مئة سهمٍ من خيبر اشتراها، فلما استجمعها، قال: «يا رسول الله، أصبتُ مالاً لم أُصب مثله قطٌّ، وقد أردت أن أتقرَّب به[٥] إلى الله تعالى»، فقال النبي ﷺ: «حبِّس الأصل وسَبِّل[٦] الثّمرة»[٧]،

---

(١) في (هـ): (لأن منفعته في الاستهلاك).

(٢) انظر هذا التقسيم في «الأم» (٤/ ٥٣).

(٣) قوله: (العطايا) سقط من (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (محصن).

(٥) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٦) سبّل: السبيل: الطريق وما وضح منه، يذكر ويؤنث، والتأنيث أكثر. ويقال: سبّله تسبيلًا، أي أباحه وجعله في سبيل الله تعالى، كأنه جعل إليه طريقاً مطروقة. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب اللام (٧/ ٣٦٦ - ٣٦٨) (سبل).

(٧) أخرجه الشافعي (واللفظ له) في «مسنده» من كتاب الرضاع ص٣٠٨. وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب من وقف (٢/ ٨٠١) (٢٣٩٧)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ١٦٢).
ومن طريق آخر: أخرجه البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف (٥/ ٣٥٤) (٢٧٣٧) بلفظ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها». وكذا أخرجه مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف (١١/ ٨٦). وأبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٣/ ١١٦) (٢٨٧٨).

ويُروى: «فجعلها عمر رضي الله عنه صدقةً لا تُباع ولا تُورثُ ولا تُوهبُ»[(١)].

وعن رسول الله ﷺ أنه[(٢)] قال: «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: ولدٍ صالحٍ يدعو له، أو علمٍ يُنتفعُ[(٣)] به، أو صدقةٍ جارية»[(٤)]. وحمل العلماء الصدقة الجارية على الوقف. واشتهر اتفاق الصحابة على الوقف قولاً وفِعْلاً.

ويروى عن أبي حنيفة[(٥)]: أن الوقف لا يصح[(٦)]، غير أنّ الأكثرين استنكروه، وردُّوا قوله إلى أن الوقف بمجرَّده لا يلزم، على ما سنحكيه من بعد إن شاء الله.

ثم إن صاحب الكتاب رحمه الله تعالى، أودع على عادته مسائل الوقف في بابين: أحدهما: في بيان ما يُعتبر لصحّته. والثاني: في أحكامه إذا صحَّ.

وما يعتبر في الصحّة: ينقسم في الاصطلاح المشهور إلى أركان وشرائط، والباب الأول، مشتمل على الضّربين.

---

(١) هذا التفصيل ورد في رواية البخاري ومسلم وأبي داود.

(٢) قوله: (أنه) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (بعد موته).
وفيما أخرجه ابن حبان: «علم ينتفع به من بعده» (١/ ١٥٣) (٩٣).

(٤) أخرجه مسلم بلفظ: «إذا مات الإنسان» كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت (١١/ ٨٥). وكذا أخرجه الترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في الوقف (٢/ ٤١٨) (١٣٩٠). وأخرجه أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الصدقة عن الميت (٣/ ١١٧) (٢٨٨٠). والنسائي، كتاب الوصايا، باب فضل الصدقة عن الميت (٦/ ٢٥١).

(٥) عند أبي حنيفة: يجوز الوقف ما دام الواقف حيّاً، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة، وبعد الموت إن اتصل به قضاء القاضي أو أضافه إلى ما بعد الموت. «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٨).
أقول: ينظر تفصيل مذهب الحنفية في: «الهداية شرح البداية» (٣/ ١٣)، «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٦٩). (م ع).

(٦) في (ط العلمية): (إنكار الوقف).

فقوله: (في أركانه ومصحِّحاته)، كأنه عنى بالمصحِّحات الشروط[١]، وهو اصطلاح أهل الأصول[٢].

ثم أركان الوقف على قياس[٣] ما ذكره في سائر العقود هي الواقف، والموقوف[٤]، والموقوف عليه، وصيغة الوقف.

أمّا الواقف، فيجب أن يكون صحيح العبارة، أهلاً للتبرع. ولم يُفرده بالذِّكر لوضوح حاله. وأما الموقوف، ففيه مسائل:

إحداها: يجوز وقف العقار، والمنقول كالعبيد والثياب والدواب والسلاح والمصاحف والكتب.

---

(١) الشرط: قد يكون شرط صحة، وهو الذي لا يكون المشروط إلا بوجوده. أو شرط كمال، وهو الذي لا يكون المشروط كاملاً إلا بوجوده. انظر: «أصول الفقه» (الخضري) ص٦١.

(٢) اختلف في كون الشرط مصححاً للمشروط وعلة في تصحيحه:
قال الغزالي: «الشرط: هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده».
وقال البيضاوي: «هو ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده».
وقال السرخسي: هو «اسم لما يضاف الحكم إليه وجوداً عنده لا وجوباً به».
الغزالي، «المستصفى» (٢/ ١٨٠)، (البيضاوي أبو الخير، عبد الله بن عمر بن محمد) «منهاج الوصول» (مع «نهاية السول» للإسنوي) (٢/ ١٠٨) (مطبعة محمد صبيح)، (السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد) «المحرر في أصول الفقه» (٢/ ٢١٩) (تعليق صلاح بن محمد بن عويضة) (الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت). انظر: (الكفوي، أبو البقاء أيوب بن موسى) «الكليات» ص٥٣٠-٥٣١ (مقابلة: د. عدنان درويش، محمد المصري) (الطبعة الثانية ١٤١٩هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت).

(٣) قوله: (قياس) سقط من (ز).

(٤) قوله: (والموقوف) سقط من (هـ).

وعن أبي حنيفة[١]: أنه لا مدخل للوقف في الحيوانات[٢]، وفي الكتب[٣].

وعن مالك[٤]: أنّ المنقول مطلقاً، لا يجوز وقفه.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «أمّا خالدٌ، فقد حبس أدرعه وأعتُده[٥] في سبيل الله»[٦]. وأيضاً: فالمسلمون متَّفقون على وقف الحُصُر والقناديل والزلالي في جميع الأعصار.

ولا فرق بين المفرز والشائع، بل يجُوز أن يقف نصف دار ونصف عبد[٧]،

---

(١) لا يجوز وقف المنقول مقصوداً عند الحنفية إلا إذا كان تابعاً للعقار، كأن وقف ضيعة ببقرها وأكرتها، وذلك لأن التأبيد شرط جواز الوقف، والمنقول لا يتأبد لكونه على شرف الهلاك.
ويجوز عند الصاحبين وقف المنقول مقصوداً إن كان مما يجري فيه التعامل وهو معتاد فيما بين الناس كالكراع والسلاح في سبيل الله تعالى. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٠)، (السمرقندي، علاء الدين) «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٧٨) (الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان).

(٢) من قوله: (وعن أبي حنيفة) إلى هنا زيادة في (ي).

(٣) من قوله: (وعن أبي حنيفة) إلى هنا زيادة في (ز)، (هـ).

(٤) المذهب عند المالكية: أن المنقول يجوز وقفه ولو كان حيواناً، بل كل مملوك يجوز وقفه وإن لم يجز بيعه، كجلد الأضحية وكلب الصيد والعبد الآبق.
وحكى ابن القصار منع وقف الحيوان.
قال ابن رشد: «ومحل الخلاف في المعقب أو على قوم بأعيانهم، وأما تحبيس ذلك ليوضع بعينه في سبيل الله أو لتصرف غلته في إصلاح الطريق أو في منافع المساجد أو لتفرق غلته على المساكين وشبه ذلك، فجائز اتفاقاً». انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٤٢)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٧٦ - ٧٧)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٢١)، «الخرشي» (٧/ ٧٩).

(٥) أعتُده: جمع عتاد بفتحتين، وهو ما أعد من سلاح ودواب وآلة حرب. وأصله من عتُد، وأعتدته أي هيأته. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الدال (٢/ ٤١٥) (عَتُدَ)، «المصباح المنير» (٢/ ٣٩١) (عَتُد).

(٦) أخرجه البخاري بلفظ: «احتبس» كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلْغَـٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ (٣/ ٣٣١) (١٤٦٨). ومسلم، كتاب الزكاة، باب تقديم الزكاة ومنعها (٧/ ٥٦).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٧٨)، «التهذيب» (٤/ ٥١١).

و«وقف عمر رضي الله عنه مئة سهمٍ من خيبر مشاعاً»[١].

ولا يسري الوقف من نصف إلى نصف، وإنما السراية من خاصية[٢] العتق. ولو وقف نصف عبد، ثم أعتق النصف الآخر، لم يُعتق الموقوف[٣]، بخلاف ما إذا رهن نصف عبد، ثم أعتق النِّصف الآخر، فإنّا نقول بالسراية إلى المرهون، والفرق: أن المرهون قابلٌ للإعتاق، والموقوف بخلافه.

المسألة[٤] الثانية: يجوز وقف ما يطلب لعين تُستفاد منه، كالأشجار للثمار، والحيوانات للأصواف والأوبار والألبان والبيوض[٥]، وما يُطلب لمنفعةٍ تُستوفى منه كالدُّور والأراضي[٦].

ولا يشترط أن يكون بحيث تحصل منه المنفعة والفائدة في الحال، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين، والزمِنِ[٧] الذي يرجى زوال زمانته، كما يجوز نكاح الرضيعة[٨].

المسألة[٩] الثالثة: لا يجوز أن يقف الحر نفسه؛ لأن رقبته ليست[١٠] مملوكة،

(١) تقدم تخريجه قريباً ص٢١٦ من هذا الجزء.

(٢) في (ط العلمية): (خاصة).

(٣) قوله: (الموقوف) زيادة في (ز)، (هـ).

(٤) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (والبيض).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٧٦).

(٧) الزّمِن: المريض مرضاً يدوم زماناً طويلًا. انظر: «المصباح المنير» كتاب الزاي (١/ ٢٥٦) (الزمان).

(٨) في (هـ): (المرضعة).

(٩) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(١٠) في (ط العلمية): (غير).

وإن قدّرنا أن منافعه ملحقة بالأموال، والوقف يستدعي أصلاً يُحبس[١] لتستوفى منفعته على مرِّ الزمان.

وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها، لا يجوز له[٢] الوقف، سواء ملك مؤقتاً كالمستأجر، أو مؤبداً كالموصى له بالخدمة والمنفعة. وأيضاً: فإن الوقف يُشبه التحرير، وملك المنفعة لا يُفيد ولاية التحرير.

ويجوز أن يعلّل اشتراط كون الموقوف عيناً؛ بأن الموقوف يجب أن يكون له دوامٌ، على ما سيأتي، والمنافع تحدُث وتفنى، فهي كالشيء الذي يتسارع إليه الفساد والفناء[٣].

المسألة[٤] **الرابعة**: في وقف المستولدة وجهان:

أحدهما: يجوز، كما تجوز إجارتها.

وأصحهما: المنع[٥]؛ لأنه حلّها حرمة العتق، فكأنها عتيقة.

وبنى بعضهم الخلاف، على أن الوقف هل ينقل المِلك عن الواقف؟ إن قلنا: نعم، لم[٦] يصح وقفها؛ لأنها لا تقبل النقل. وإن قلنا: لا تُنقل، صحّ. وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب.

---

(١) في (ط العلمية): (يحبس عليه).

(٢) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (والفناء) زيادة في (ط العلمية).

(٤) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) وقطع به البغوي (٤/ ٥١٠)، وأطلقه الشيرازي «المهذب» (١٥/ ٣٢١).

(٦) في (ط العلمية): (لا).

فإن[1] صححناه، فإذا مات السيد وعتقت: قال في «التتمة»: لا يبطُل الوقف، بل تبقى منافعها للموقوف عليه[2]، كما لو أجّرها ومات. وفي «النهاية»[3]: أنه يبطل، بخلاف الإجارة؛ لأن الحرية تنافي الوقف دون الإجارة.

هذا قضيّة كلام القاضي ابن كج.

ويجري الوجهان في جواز وقف المُكاتب[4].

ويجوز وقف المُعلّق عتقه بصفة. ثم إذا وُجدت الصفة: فإن قلنا: إن المِلك في الوقف للواقف، أو لله تعالى، عتق، وبطل الوقف. وإن قلنا: إنه للموقوف عليه، فلا يُعتق، ويكون الوقف بحاله.

ويجوز وقف المدبر أيضاً، ثم هو رجوع، إن قلنا: إن التدبير وصيةٌ، وإن قلنا: إنه تعليق عتق بصفة، فهو كوقف العبد[5] المعلق عتقه بصفة.

المسألة[6] **الخامسة**: في وقف الكلب المُعَلّم وجهان[7]، بناهما بانون ـ منهم الشيخ أبو حامد ـ على الخلاف في إجارته، وآخرون على الخلاف في هبته، وآخرون على أن الوقف هل[8] يزيل مِلك الرّقبة، أو[9] لا يزيل؟ إن قلنا: لا يُزيلُ، فليست

---

(١) في (ط العلمية): (بأن).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٦-٣٤٧).

(٤) قطع بمنعه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥١٠).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (كالعبد).

(٦) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٣٢١).

(٨) قوله: (هل) زيادة في (هـ).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (أم).

قضيّته سوى نقل المنافع، ومنافعها مستحّقةٌ، فجاز أن ينقل. وكيف ما قدّر، فالأصح: المنع، وقد قطع به بعضهم[١] مع القول بجواز الإجارة؛ لأن رقبته غير مملوكة.

المسألة[٢] السادسة: في وقف الدراهم والدنانير وجهان[٣]، كما ذكرنا في إجارتها[٤]؛ إن جوّزنا الإجارة، جاز وقفها؛ لتؤاجر[٥].

ويجوز وقف الحُليِّ لغرض اللبس[٦]. وحكى الإمام[٧]: أنّهم ألحقوا وقف الدراهم ليُصاغ منها الحُليِّ، بوقف العبد الصغير، وتردّدَ فيه؛ لأنّ الصغير يصيرُ إلى حالة الانتفاع بنفسه، وهذا يحتاج إلى إحداث أمر بالاختيار.

المسألة[٨] السابعة: لا يجوز[٩] وقف ما لا يدوم الانتفاع به كالمطعومات؛ فإن منفعتها في[١٠] استهلاكها، وكالرّياحين المشمومة؛ فإنها سريعة الفساد[١١]، وإنما شُرِع الوقفُ ليكون صدقةً جاريةً.

---

(١) قال القاضي الماوردي: «الذي نصّ عليه الشافعي: أنه لا يجوز وقفه، لأنه ليس بمال». «الحاوي» (٩/ ٣٧٧).

(٢) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) قطع الماوردي بعدم جواز وقفها، لاستهلاكها، فكانت كالطعام. «الحاوي» (٩/ ٣٧٩).

(٤) في (ي): (إجارتهما)، وفي (ط العلمية): (وقف إجارتهما).

(٥) كذا في (ز)، وفي (ط العلمية): «لتكرى». (م ع).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٧٩).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٥).

(٨) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٩) قوله: (يجوز) سقط من (ي).

(١٠) قوله: (في) سقط من (ط العلمية).

(١١) «فلا يمكن الانتفاع بها على الدوام» «المهذب» (١٥/ ٣٢٠).

ومن المسائل الداخلة في الفصل: أنه لو وقف عبداً أو ثوباً في الذمّة، لم يجز، كما لو أعتق عبداً في الذمة. ولو وقف أحد عبديه: لم يجز، كما لو باع. وفيه وجه: أنه يجوز، كما لو أعتق.

ويجوز وقف علو الدّار دون سُفلها[١]، ويجوز وقف الفحل للنزوان بخلاف إجارته؛ لأن الوقف قربةٌ يحتمل فيه ما لا يُحتمل في المعاوضات. والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (وهو كل مملوك متعيّن تحصُلُ منه فائدةٌ أو منفعةٌ لا تفوت العين باستيفائها)، أراد به ضبط الموقوف.

وقوله: (مملوك)، يدخل فيه العقارُ والمنقول والشائع والمفرز، ويخرج عنه[٢] الحرّ وما لا يملك. وقوله: (مُتعيّن)، قصد به الاحتراز عمّا إذا وقف أحد العبدين، ويخرج عنه ما إذا وقف في الذمة. وقوله: (منفعة أو فائدة)، أشار بالمنفعة إلى السكنى[٣] واللبس ونحوهما، وبالفائدة إلى الثّمرة واللبن ونحوهما.

وقوله: (لا تفوت العين باستيفائها)، احترز به عن الطّعام وما في معناه، إلّا أنّ هذا الضابط يشكل بوقف المستولدة، فإنه يقتضي جوازه، والأصح فيه المنع، وبالملاهي حيث لا يجوز وقفها.

فإن قلت: كل عين معيّنة[٤] مملوكةٌ مِلكاً يقبل[٥] النقل تحصل منها فائدة أو منفعة يستأجر لها، زال الإشكال. والله أعلم.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١١).

(٢) في (هـ): (منه).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (السكون).

(٤) قوله: (معيّنة) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) في (ز): (يفيد).

فرعان:

الأول: أجّر أرضه[١]، ثم وقفها: جواب الشيخ أبي عليّ في «الشرح»: أنه يصحُّ الوقف؛ لأنه مملوك بالشرائط المذكورة، وليس فيه إلا العجز عن صرف المنفعة إلى جهة الوقف في الحال، وأنّه لا يمنع الصِّحة كما لو وقف ماله في يد الغاصب. وفي «فتاوى القفال»: تخريجُهُ على الوقف المنقطع الأول. وزاد بعضهم فقال: إن وقف على المسجد، صحّ؛ لمشابهته الإعتاق.

وإن وقف على إنسان، فإن قلنا: المِلك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه، فهو على الخلاف في بيع المستأجر: إن لم نصحِّحه، فكذلك الوقف. وإن صحّحناه، فيخرج حينئذ على الخلاف في الوقف المنقطع الأول. وإن قلنا: ينتقل إلى الله تعالى، فوجهان؛ لافتقاره إلى القبول. ووقف الورثة الموصى بمنفعته شهراً، كوقف المستأجر.

الثاني: إذا استأجر أرضاً ليبني فيها أو يغرس ففعل، ثم وقف البناء والغِراس، ففي صحّة الوقف وجهان:

أصحهما: الصحة، وبه قال ابن الحدّاد[٢]؛ لأنه مملوك يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه.

والثاني: المنع؛ لأن مالك الأرض بسبيل من قلعه، فكأنه وقف ما لا ينتفع به. وهما كالوجهين في أن الثاني[٣] لو انفرد ببيع البناء، هل يجوز؟

ولو وقف هذا أرضه وهذا بناءه، جاز بلا خلاف، كما لو اجتمعا على البيع.

---

(١) في (ز): (داراً).

(٢) وكذا الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣١١).

(٣) في (ي)، (ز): (الباني).

وإذا قلنا بصحّة الوقف، فإذا مضت المدَّة، وقلع مالك الأرض البناء، فإن بقي منتفعاً به بعد القلع[١]، فهو وقف كما كان. وإن لم يبق، فيصير ملكاً للموقوف عليه، أو يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان.

وأرش النقص الذي يؤخذ من القالع[٢]، يسلك به مسلك الوقف.

قال:

(الرُّكن الثاني: الموقوفُ عليه: فإن كان الوقفُ[٣] على شخص مُعَيّنٍ، فشرطُه: أن يكونَ أهلاً للهبةِ منه أو الوصيةِ له[٤]. فيجوزُ الوقفُ على الكافرِ الذِّمّيّ، وعلى المُرتَدِّ والحَرْبِيّ: خلاف[٥] (و)؛ لأنه لا بقاءَ له فإنه[٦] مقتول. ولا يجوزُ على الجنين؛ لأنه لا تَسلُّطَ له[٧] في الحال، ولا على العبدِ (و) في[٨] نفسِه، ولكنّ الوقفَ عليه وقفٌ على السيِّد. والوقفُ على البهيمةِ هل هو وقفٌ على مالكِها؟ فيه خلاف.

ولا يجوزُ الوقف على نفسِه (م)؛ إذ لا يتَجدّدُ به[٩] إلا منعُ التصرُّف.

---

(١) في (ي)، (ز)، (هـ): (النقل).

(٢) في (هـ): (يوجد من البائع)، وقوله: (من القالع) سقط (ز).

(٣) قوله: (الوقف) سقط من (ز)، وفي (ط العلمية): (موقوفاً).

(٤) في (ط العلمية): (والوصية له).

(٥) في (ط العلمية): (فيه خلاف).

(٦) في (ط العلمية): (لأنه).

(٧) في (ط العلمية): (لا تسليط في الحال).

(٨) قوله: (في) سقط من (ز)، (هـ).

(٩) في (هـ): (لأنه لا يتجدد).

وفيه وجهٌ آخَر[١]: أنه يـجوز. ولو شرط أن يقضَي مِن رَيع الوقفِ زكاتَه ودُيونَه[٢] فهو وقفٌ على نفسِه. وكذا إن وقفَ على الفُقراءِ ثم صارَ فقيراً ففي شَرِكتِه خلاف (و).).

الوقف إما أن يكون على معيّن أو غير معين:

القسم الأول: إذا كان الموقوف عليه شخصاً معيناً أو جماعةً مُعيَّنين، فالشّرط أن يمكن تمليكه[٣]؛ لأن الوقف تمليك العين والمنفعة إن قلنا: إن المِلك في الوقف للموقوف عليه، وتمليك المنفعة إن لم نقل به.

وقوله في الكتاب: (أهلاً للهبة منه أو الوصية له)، ليس الغرض من اعتبار هذين التّصرُّفين خاصّة، بل المعتبر مطلق أهليّة المِلك، لكنهما أقرب إلى الوقف من البيع[٤] والمعاوضات، فكأنه جرى ذكرهما لذلك.

وفي الفصل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: يجوز الوقف على الذِّمِّيِّ من المسلم والذِّمِّيِّ، كما تجوز الوصيّة له والتصدق عليه[٥]، وفي الحربيِّ والمرتد وجهان[٦]:

أحدهما: الجواز كالذِّمِّي.

---

(١) قوله: (آخر) سقط من (ز).

(٢) في (ز)، (هـ): (أو ديونه).

(٣) قال الشافعي: «ولا يجوز أن يخرجها من ملكه إلا إلى مالك منفعة يوم يخرجها إليه» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٣).

(٤) في (هـ): (بل المعتبر إطلاق الملك إليها أقرب إلى الوقف في المبيع).

(٥) وهو في موضع القربة. «المهذب» (١٥/ ٣٢٦).

(٦) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٣٢٦). وقطع بمنعه البغوي، «التهذيب» (٤/ ٥١١).

وأصحهما: المنع؛ لأنهما مقتولان[١] لا بقاء لهما، والوقف صدقةٌ جاريةٌ، فكما لا يوقف ما لا دوام له، لا يوقف على من[٢] لا دوام له.

المسألة[٣] الثانية: لا يجوز الوقف على من لا يملك[٤] كالجنين، بخلاف الوصيّة؛ لأنها تتعلّق بالمستقبل، والوقف تسليطٌ في الحال.

وكذلك لا يجوز الوقف على العبد نفسه، وهذا ـ فيما ذكره ذاكرون ـ مُفَرَّعٌ على قولنا: إنه لا يملك. فأمّا إذا قلنا: إنّه يملك، صح الوقف عليه، فإذا عتق كان له دون سيده. وعلى هذا قال صاحب «التتمة»: إذا وقف على عبد فلان، وقلنا: إنّ العبد[٥] يُملّك بالتمليك، فيصح الوقف عليه[٦]، ويكون الاستحقاق متعلِّقاً بكونه عبد فلانٍ، حتى لو باعه أو وهبه زالت صفة الاستحقاق.

ولك أن تقول: الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما[٧] إذا ملّكه السيِّد؟ فأما إذا ملكه غيره فلا خلاف في أنه لا يملك. وحينئذ، فإذا كان الواقف غير السيد، كان الوقف على من لا يملك، فأي معنى لقولنا: لو ملكه السيد لَـمَلَكَ؟ وأما إذا أطلق الوقف عليه، فهو وقف على السيد، كما لو وهب منه أو أوصى وإذا شرطنا القبول،

---

(١) في (هـ): (مقتولان لأنه)، وفي (ط العلمية): (منقولان لأنه).

(٢) في (هـ): (ما).

(٣) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) «لأنه تمليك منجز»، «المهذب» (١٥/ ٣٢٧). انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١١).

ملحوظة: يوجد سقط في نصّ «التهذيب» حيث العبارة المكتوبة: (ولا يصح الوقف على من يُمْلَك مثل: أن يقف على العبيد، وعلى الحمل في البطن).

(٥) في (هـ): (إنه).

(٦) قوله: (عليه) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (بخصوص ما).

جاء فيه الخلاف في أنه هل يستقل بقبول الهبة والوصية، أم يحتاج إلى إذن السيد[١]؟ وقد مرّ في مداينة العبيد[٢].

ولو وقف على مكاتب[٣]: قال الشيخ أبو حامد: لا يجوز، كما لو وقف على القنِّ[٤]. وفي «التتمة»: أنا نصحِّح الوقف في الحال، ونصرف الفوائد إليه، ونُديم حكمه إذا عتق إن أطلق الواقف.

وإن قال: «تُصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً»[٥]، بطل استحقاقه. وإن عجز، بان لنا أنّ الوقف منقطع الابتداء.

ولو وقف على بهيمة وأطلق، فهل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفاً على مالكها؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا[٦]؛ لأنها ليست أهلًا[٧] للملك بحال، وهذا كما أنه لا تجوز الهبة منها والوصية لها.

والثاني: نعم، كما لو وقف على العبد. وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب الطبري[٨]

---

(١) في (هـ): (السيد فيه).

(٢) الأصح عند الشافعية: صحة قبوله للهبة والوصية من غير إذن السيد، «لأنه اكتساب لا يعقب عوضاً، فأشبه الاحتطاب والاصطياد بغير إذنه». انظر ما سلف (٦/ ٣٨١).

(٣) في (ط العلمية) بعد هذه العبارة، عبارة زائدة لا معنى لها.

(٤) وقال الماوردي بجوازه، لأن سهام الزكوات أغلظ حكماً، وفيها سهم الركاب. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨٥).

(٥) من قوله: (ونديم حكمه) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) كذا صححه في «التهذيب» (٤/ ٥١٢). وقطع به الماوردي، «الحاوي» (٩/ ٣٨٤).

(٧) قوله: (أهلًا) سقط من (ز).

(٨) قوله: (الطبري) سقط من (ز)، (هـ).

في «المجرد»، وذكر أنّه ينفق عليها منه ما بقيت. وعلى هذا، فالقبول لا يكون إلا من المالك.

وفيما إذا أضاف إلى العبد، أصح الوجهين: أنه لا يصح القبول من السيد؛ لأن الخطاب لم يجر معه. وحكى أبو سعيد المتولّي فيما إذا قال: «وقفت على علف بهيمة[١] فلان» أو «علف بهائم القرية»، وجهين، على ما ذكرنا في صورة الإطلاق. قال: والخلاف فيما إذا كانت البهيمة مملوكة. أما إذا وقف على الوحوش أو علف الطيور المباحة، لم يصح بلا خلاف.

المسألة الثالثة: في وقف الإنسان على نفسه وجهان:

أصحهما ـ ويُحكى عن نصه ـ: المنع[٢]؛ لأن الوقف تمليك المنفعة وحدها أو مع الرقبة، والإنسان لا يملك نفسه كما لا يبيع نفسه مال نفسه[٣].

والثاني ـ وبه قال أحمد[٤] وأبو عبد الله الزبيري ـ: أنه جائز؛ لأن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه مِلكاً، وقد يقصد حبسه[٥] ومنع نفسه من التصرّف المزيل للمِلك. وينسب هذا الوجه إلى ابن سريج أيضاً.

وحكى القاضي ابن كج عنه: أنه يصحُّ الوقف، ويلغو شرطه وإضافته إلى نفسه، وهذا بناءٌ على أنه لو اقتصر على قوله: «وقفت»، صحّ الوقف.

---

(١) في (هـ): (بهائم).

(٢) لأنه لا معنى للوقف على نفسه، حيث إن العين قبل الوقف محبوسة عليه ومنفعتها له. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٢)، «الحاوي» (٩/ ٣٨٦)، «المهذب» (١٥/ ٣٢٧).

(٣) قوله: (كما لا يبيع نفسه مال نفسه) زيادة في (ز).

(٤) المذهب عند الحنابلة: أن الوقف على نفسه لا يصح. وفي الرواية الأخرى: يصح، لأنه لما جاز أن يشترط لنفسه من ماله شيئاً، جاز أن يختصّ به أيام حياته كالوصية. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٥١)، «الإنصاف» (٧/ ١٦)، «المحرر» (١/ ٣٦٩).

(٥) قوله: (حبسه) زيادة في (ز)، (هـ).

وينبغي أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقاً.

ولو وقف على الفقراء، وشرط «أن تقضى من ريع الوقف زكاتُهُ وديونهُ»، فهذا وقفٌ على نفسه وغيره، ففيه الخلاف. وكذلك لو شرط «أن يأكل من ثماره» أو «ينتفع به». وقد يوجه الجواز: بأن عثمان رضي الله عنه وقف بئر رُومَة[١]، وقال: «دلوي فيها كدِلاءِ المسلمين»[٢]. ومن منع، قال: ليس ذلك على سبيل الاشتراط، ولكنّه أخبر أن للواقف أن ينتفع بالأوقاف[٣] العامّة، كالصلاة في البقعة التي جعلها مسجداً وما أشبه ذلك.

ولو استبقى الواقف[٤] التولية[٥] لنفسه وشرط أجرةً، وفرّعنا على أنه لا يجوز أن يقف على نفسه، ففي صحّة هذا الشرط وجهان، مبنيّان على أن الهاشمي[٦] إذا انتصب عاملاً للزّكاة[٧]، هل له أن يأخذ[٨] من سهم العاملين؟[٩].

---

(١) بئر رومة: هي بئر في شمالي المدينة على مسيرة ساعة منها، وهي حد العقيق من جهة الشمال، قطرها (٤ م)، وعمقها (١٢ م). اشتراها عثمان بـ (٣٥٠٠٠) درهم. انظر: «معجم البلدان» (٢/ ٢٤٠)، (باشا، اللواء إبراهيم رفعت) «مرآة الحرمين» (١/ ٤٢٩).

(٢) أخرجه البخاري تعليقاً، كتاب المساقاة، باب من رأى صدقة الماء وهبته ووصيته جائزة مقسوماً كان أو غير مقسوم (٥/ ٢٩). والترمذي، أبواب المناقب، مناقب عثمان بن عفان (٥/ ٢٩٠) (٣٧٨٧). والنسائي، كتاب الأحباس، باب وقف المساجد (٦/ ٢٣٥). (وابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق السلمي النيسابوري) في «صحيحه»، جماع أبواب الصدقات والمحبسات، باب إباحة شرب المحبس من ماء الآبار التي حبسها (٤/ ١٢١ - ١٢٢) (٢٤٩٢) (الطبعة الأولى ١٣٩٥ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت).

(٣) في (هـ): (الأوقاف).

(٤) قوله: (الواقف) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (القولية).

(٦) الهاشمي: هو من ولد هاشم (عمرو) بن عبد مناف بن قصي. وقد ولد لهاشم أربعة نفر وخمس نسوة منهم شيبة الحمد (وهو عبد المطلب). وهاشم هو أول من سن الرحلتين لقريش، وهو الذي عقد الحلف لقريش من هرقل لترحل قريش إلى الشام آمنة. انظر: «الطبقات الكبرى» (١/ ٧٥ - ٨٣).

(٧) في (هـ): (على مال الزكاة).

(٨) في (ز): (على أن يأخذ).

(٩) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٤٣).

=

ولو وقف على الفقراء، ثم صار فقيراً، ففي جواز الأخذ وجهان مع المنع من[1] أن يقف على نفسه؛ لأنه لم يقصد نفسه، وإنما وجدت فيه الجهة التي وقف عليها[2]، ويُشبه أن يكون هذا أظهر.

لكن المصنِّف رجّح المنع في «الوسيط»[3]؛ ووجّهه بأن الظاهر أنَّ مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف.

وقوله في الكتاب: (فيجوز الوقف على الكافر الذِّمّيّ. وعلى المرتدِّ والحربيّ: خلاف)، هكذا هو الصواب، وقد يوجد في بعض[4] النسخ: (على الكافر الذمي والمرتد، وفي الحربي خلاف)[5]، وهو غلط.

وقوله: (ولا على العبد في نفسه): يجوز أن يُعلم بالواو؛ لما سبق. وقوله: (ولا يجوز الوقف على نفسه)، بالألف والميم أيضاً؛ لأنّ أبا الفرج السرخسيّ حكى عن مالك[6] مثل مذهب أحمد. وقيل: إنّ مذهبه الجواز في اليسير دون الكثير.

= قال النووي: «الأرجح هنا جوازه، قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح: ويتقيد ذلك بأجرة المثل» «روضة الطالبين» (٥/ ٣١٩).

(١) قوله: (من) سقط من (ز).

(٢) من قوله: (لأنه لم) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) «الوسيط» (٤/ ٢٤٣).

(٤) قوله: (بعض) سقط من (ي)، (ز).

(٥) من قوله: (هكذا هو) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) في (ز): (مذهب مالك).

والمذهب عند المالكية: أن الوقف على نفسه لا يصح ولو كان بشريك كوقفه على نفسه وعلى فلان أو الفقراء، لتحجيره على نفسه وعلى وارثه. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٨٠ - ٨١)، «التاج والإكليل» (٦/ ٢٥)، «الخرشي» (٧/ ٨٤).

وقوله: (إذ لا يتجدد به إلا منع التصرُّف)، أراد به أن مقتضى الوقف حبس الرقبة وتمليك المنفعة، والرقبة محبوسةٌ عليه والمنفعة مملوكةٌ له[١]، فلا يحدث شيء[٢] سوى امتناع التصرُّفات التي يمنعها الوقف.

وقوله: (ففي شركته خلاف)، أي في[٣] شركته إيّاهم في جواز الأخذ، وليس المراد الشركة في الموقوف؛ لأن استيعاب الفقراء غير واجب.

هذا تمام الكلام في الوقف على[٤] المعيَّن.

ولو قال لرجلين: «وقفت على أحدكما»، لم يصحّ. وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد إذا فرَّعنا على أن الوقف لا يفتقر إلى القبول[٥].

❊ ❊ ❊

(١) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٢) في (ي): (فلا يحدث له شيء)، وفي (هـ): (يُحدِث شيئاً).

(٣) قوله: (في) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) قوله: (على) سقط من (هـ).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٤٣).

قال:

(ولو كان الوقفُ[1] على جهةٍ عامّةٍ كالمساكين والفقراء؛ فإن كانَ فيه قُرْبة: فصحيح، وإن كان معصية؛ كالوقفِ على عِمارةِ[2] البِيَع والكنائس[3] وكَتَبةِ[4] التوراة، ونفقةِ قُطّاع الطريق: فباطل، وإن لم يكن لا قُرْبةً ولا معصية؛ كالوقفِ على الأغنياء[5]، أو على المساكين من الكُفّارِ والفُسّاق: ففيه خلاف (و).).

القسم الثاني: إذا كان الوقف على غير معيّن، كالوقف على الفقراء والمساكين، وهذا يسمى وقفاً على الجهة؛ لأنّ الواقف ينظُرُ إلى جهة الفقر والمسكنة، ويقصد سد خلة من هو[6] موصوف[7] بهذه الصِّفة لا شخصاً بعينه، فيُنظر في الجهة، أهي معصيةٌ أم لا؟[8]: إن كانت الجهة جهة[9] معصية[10]، كالوقف لعمارة البيع والكنائس ولقناديلها وحصرها، لم يصحّ؛ لما فيه من الإعانة على المعصية.

---

(١) في (هـ): (وإذا وقف).

(٢) في (ز)، (هـ): (لعمارة).

(٣) قوله: (والكنائس) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (هـ): (كتب).

(٥) في (هـ): (الأغنياء من المسلمين).

(٦) قوله: (من هو) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (سد خلة قوم موصوفين)، ومثلها في (ي) مع اختلاف طفيف.

(٨) قوله: (في الجهة أهي معصيةٌ أم لا) سقط من (هـ).

(٩) قوله: (الجهة جهة) سقط من (ي)، (ز).

(١٠) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨٦)، «المهذب» (١٥/ ٣٢٦)، «التهذيب» (٤/ ٥١١).

وكذا لو وقف على كتبة[١] التَّوراة والإنجيل؛ لأنهم بدَّلوا وحرَّفوا والاشتغال بكتابتها غيرُ جائز. ولا فرق بين أن يصدر هذا الوقف من مسلم أو ذمِّيٍّ، فنبطله إذا ترافعوا إلينا. أمّا ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة، فيقر حيث تقر الكنائس.

وإن لم تكن الجهة[٢] جهة معصية، نُظِرَ: إن كان يظهر فيها قصد القُربة، كالوقف على المساكين وفي سبيل الله والعلماء والمتعلمين، وعلى المساجد والمدارس والرباطات والقناطر، صحّ الوقف، وعلى هذا النحو جرت أوقاف الصحابة رضي الله عهم.

وإن لم يظهر قصد القربة كالوقف على الأغنياء، ففيه وجهان[٣]، مبنيان على أن المرعيَّ في الوقف على الموصوفين جهة القُربة أو التمليك؟ وتحقيقه: أن الوقف على المعيَّنين[٤] يُسلك به مسلك التمليكات، ولذلك[٥] يجوز على من يجوز تمليكه، ثم قد يقصد الواقف التقرُّب به إلى الله تعالى، كالصدقة.

وأما الوقف على من لا يتعيّن: فحكاية الإمام[٦] عن المعظم: أنّ المرعيَّ فيه[٧] طريق القربة دون التّمليك، ولهذا لا يجب استيعاب المساكين، بل يجوز الاقتصار على ثلاثةٍ منهم. وعن القفّال: أن المرعي فيه ظهور[٨] طريق التمليك، كما في الوصيّة والوقف على المعيّن. وهذا ما اختاره الإمام وشيخه، وطرق[٩] أصحابنا العراقيين

(١) في (ز): (الوقف لكتبة)، وفي (ط العلمية): (لو وقف لكتابة).
(٢) قوله: (الجهة) سقط من (ي).
(٣) قال الماوردي: «وله أن يخص به الأغنياء دون الفقراء». «الحاوي» (٩/ ٣٩٤).
(٤) في (ز): (المعين).
(٥) في (هـ): (وكذا).
(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٧٢).
(٧) في (ط العلمية): (منه).
(٨) قوله: (فيه ظهور) سقط من (ز)، (هـ).
(٩) في (هـ): (طريق).

تُوافقُهُ حتّى إنّهم ذكروا أن الوقف على المساجد والرّباطات تمليكٌ للمسلمين منفعة الوقف.

فإن قلنا بالأول، لم يصح [١] الوقف على الأغنياء، ولا على اليهود والنصارى [٢] والفُسَّاق [٣]. وإن قلنا بالثاني، جاز الكلّ.

ويجوز أن يخرّج على هذا الأصل، الخلاف في الوقف على الطالبيَّة [٤] والعلويّة [٥]، وسائر من لا ينحصرون، وفيه قولان كما في الوصيّة لهم: فإن راعينا طريق القربة صحّ الوقف لهم، وإلا لم يصح؛ لتعذُّر الاستيعاب [٦].

والأشبه بكلام الأكثرين: ترجيح كونه تمليكاً، وتصحيح الوقف على هؤلاء. ولهذا صحَّح صاحب «الشامل» الوقف على النّازلين في الكنائس من مارّة أهل الذمّة، وقال: إنّه وقفٌ عليهم لا على الكنيسة.

---

(١) في (ز)، (هـ): (لم يجز).

(٢) يجوز الوقف على اليهود والنصارى، لأن الصدقة عليهم جائزة. «الحاوي» (٩/ ٣٨٦).

(٣) قطع أبو إسحاق الشيرازي والبغوي بمنع الوقف على السّرّاق وقطّاع الطريق. «المهذب» (١٥/ ٣٢٦)، «التهذيب» (٤/ ٥١١).

(٤) في (ز): (المطلبية).

الطالبية: هم المنتسبون إلى أبي طالب، وهم جماعة من أولاد علي وجعفر وعقيل، الذين لهم عقب. فمن ولد علي خمسة (سيأتي ذكرهم). ومن ولد جعفر عبد الله وعون. ومن ولد عقيل محمد. انظر: (السمعاني، أبو سعد عبد الكريم بن محمد التميمي) «الأنساب» (٤/ ٢٨ - ٢٩) (تعليق: عبد الله البارودي) (الطبعة الأولى ١٤١٩هـ، دار الفكر، بيروت)، (ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد) «جمهرة أنساب العرب» ص١٠، ١٩٨، ٢٠٦ - ٢٠٧ (دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨هـ).

(٥) العلوية: والعلويون المنتسبون إلى علي، وقد كان النسل من ولده لخمسة هم: الحسن، والحسين، ومحمد بن الحنفية، والعباس بن الكلابية، وعمر بن التغلبية. انظر: «الأنساب» (٤/ ٢٢٩)، «الطبقات الكبرى» (٣/ ٢٠).

(٦) من قوله: (كما في) إلى هنا سقط من (هـ).

لكن الأحسن توسُّطٌ ذهب إليه بعض المتأخرين، وهو تصحيحُ الوقف على الأغنياء وإبطال الوقف على اليهود والنّصارى وقُطّاع الطريق وسائر الفُسّاق؛ لتضمنه[١] الإعانة على المعصية[٢].

وأمّا ما يتعلّق بلفظ الكتاب، فإنه ذكر الخلاف في الوقف على الكفّار والفُسّاق، ولم يذكره في الوقف لنفقة قطّاع الطريق، بل أطلق الحكم بالبُطلان، ولا يُمكن أن يقدّر[٣] فرقٌ بينهما، فإنّ القُطّاع[٤] ضربٌ من الفُسّاق، فكأنه أراد بالوقف لنفقة قُطّاع الطّريق إن شرط الصرف إلى ما يتهيأ به القطع من سلاح وغيره، فيكون كالوقف لعمارة البِيع وقناديلها، وبمثله لو وقف لآلات سائر المعاصي، بَطَلَ الوقف لا محالة.

ولو وقف لتصرف الغلاّت إلى القطّاع وسائر الفُسّاق، لا إلى جهة الفِسق، فهو[٥] موضع الخلاف[٦]، ولا فرق بين فاسقٍ وفاسق.

وقوله: (أو على[٧] المساكين من الكُفّار والفُسّاق)، أشار به إلى[٨] أنه وإن نصَّ على مساكينهم فالوقف مختلفٌ فيه، كما لو وقف على أغنياء المسلمين، فإن وقف على أغنيائهم، حصل الخلاف من وجهين. والله أعلم.

---

(١) في (ط العلمية): (لتضمينه).
(٢) قوله: (لتضمنه الإعانة على المعصية) سقط من (ز).
(٣) في (هـ): (يقرر).
(٤) قوله: (القُطاع) سقط من (هـ).
(٥) في (هـ): (فهذا).
(٦) لو وقف على رجل بعينه وكان مرتداً أو فاسقاً، ففي الوقف وجهان. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨٥).
وقال الغزالي: «يصح على اليهودي والفاسق المعينين، لأنه تمليك». «الوسيط» (٤/ ٢٤٢).
(٧) قوله: (على) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).
(٨) قوله: (إلى) سقط من (هـ).

وهذه مسائل أُخَرَ تليق بهذا الركن:

يجوز الوقف على سبيل الله تعالى، وهم المعنيّون في آية الزكاة[١].

وقال أحمد[٢]: الحجُّ في[٣] سبيل الله.

وعلى سبيل البِرِّ أو الخيرِ أو الثّواب، ويُصرف إلى أقارب الواقف[٤]، فإن لم يوجدوا فإلى أهل الزكاة. وذكر صاحب «التهذيب»[٥]: أن الموقوف على سبيل البر[٦]، يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزّكاة وإصلاح القناطر وسدِّ الثغور ودفن الموتى وغيرها.

وفرق بعض أصحاب الإمام، فقال: إذا وقف على جهة الخير، صرف إلى مصارف الزكاة، فلا يُبنى به مسجد ولا رباطٌ. وإذا وقف على جهة الثّواب، صرف إلى أقاربه. وجواب الأكثرين ما قدّمناه.

قالوا: ولو جمع بين «سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير»، صرف الثلث إلى الغزاة، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب. وهذا يخالف ما سبق من الخلاف[٧].

ويجوز الوقف على أكفان الموتى ومؤونة الغسّالين والحفّارين وإن كان ذلك من فروض الكفايات، وعلى شراء الأواني والظُّروف لمن تكسّرت عليه، وعلى المتفقِّهة

---

(١) وهم الغزاة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩٦).

(٢) «المحرر» (١/ ٢٢٣ - ٢٢٤).

(٣) في (ز)، (هـ): (من).

(٤) «فقيرهم وغنيهم» «الحاوي» (٩/ ٣٩٦).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥١٣).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (سبيل الله).

(٧) قوله: (من الخلاف) سقط من (ز).

وهم المشتغلون بتحصيل الفقه[١] مبتديهم[٢] ومنتهيهم، وعلى الفقهاء ويدخل فيه من حصّل منه[٣] شيئاً وإن قلَّ.

وأما الوقف على الصُّوفية: ففيما رأيته بخط بعض المحصِّلين، أنّ الشيخ أبا محمّد لم يصحِّح الوقف على الصّوفية أصلاً[٤]؛ إذْ ليس للتصوُّف حدٌّ يوقف عليه. والمشهور: الصحّة.

وهم المشتغلون بالعبادات في أغلب الأوقات المعرضون عن الدنيا. وفصّل[٥] صاحب الكتاب في «الفتاوى» فقال: لا بدَّ في الصوفيِّ من العدالة ومن[٦] ترك الحرفة. نعم، لا بأس بالوِراقة[٧] والخياطة وما يشبهها إذا كان يتعاطاها أحياناً في الرِّباط، لا في حانوت.

ولا تقدحُ قدرته على الاكتساب، ولا[٨] الاشتغال بالوعظ والتدريس، ولا أن يكون له من المال قدر ما لا تجب فيه الزكاة، أو لا يفي دخوله[٩] بخرجه. ويقدح الثروة الظاهرة والعروض الكثيرة.

---

(١) في (هـ): (العلم).

(٢) مبتديهم: من قولهم بديت بالشيء بفتح الدال وكسرها، أي ابتدأت، وهي لغة للأنصار. قال الجوهري: «وأهل المدينة يقولون: بدينا، بمعنى بدأنا». انظر: «الصحاح» باب الواو والياء، فصل الباء (٦/ ٢٢٧٩) (بدا)، «تاج العروس» فصل الباء، باب الواو والياء (١٠/ ٣٣) (بدى).

(٣) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٤) قوله: (أصلًا) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (وفضل).

(٦) قوله: (من) سقط من (ي).

(٧) الوِراقة: حرفة مورق الكتب، يقال رجل ورّاق، وهو الذي يورق ويكتب. انظر: «الصحاح» باب القاف، فصل الواو (٤/ ١٥٦٤) (ورق)، «تاج العروس» فصل الواو، باب القاف (٧/ ٨٦) (ورق).

(٨) قوله: (لا) سقط من (هـ).

(٩) في (ز)، (هـ): (دخله)، وفي (ي)، (ط العلمية): (دخوله).

قال[١]: ولا بد وأن يكون في زيِّ القوم، إلا إذا كان مُساكناً لهم في الرِّباط، فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزِّيِّ. قال[٢]: ولا يُشترط[٣] لبس المرقَّعة[٤] من يد شيخ. وكذلك ذكر[٥] المتولي.

ولو وقف على الأرِقَّاء الموقوفين لسدانة[٦] الكعبة وخدمة قبر رسول الله ﷺ، فعن «بعض الشروح»: أنَّ أصحَّ الوجهين[٧] جوازه، كالوقف على علف الدواب في سبيل الله.

ولو وقف على دارٍ وحانوتٍ، فقال أبو عبد الله الحناطيُّ: لا يصحُّ إلا أن يقول: «وقفت على هذه الدّار، على أن يأكل فوائدها طارقوها»، فيصحُّ على أظهر الوجهين.

ولو وقف على المقبرة لتصرف الغلَّة إلى عمارة القبور، قال في «التتمة»: لا يجوز؛ لأن الموتى صائرون إلى البلى[٨]، فالعمارة لا تلائم حالهم.

---

(١) قوله: (قال) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (قال) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (وليس بشرط).

(٤) المرقعة: من لبس الصوفية، سميت بذلك لما بها من الرقع. ويقال رقع الثوب رقعاً، أي أصلحه وألحم خرقه. ويقال: كل ما سددت من خلة فقد رقعته. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب العين (٥/ ٣٦٠ - ٣٦١) (رقع).

(٥) قوله: (ذكر) سقط من (ي).

(٦) قوله: (لسدانة) سقط من (هـ)، وفي (ي): (المرصدين لسدانة).
والسدانة ـ بالكسر ـ: عمل الحجابة، وهي خدمة الكعبة وتولي أمرها وفتح بابها وإغلاقه. انظر: «تاج العروس» فصل السين، باب النون (٩/ ٢٣٣) (سَدَن).

(٧) في (هـ): (الأصح).

(٨) البِلى ـ بالكسر ـ: يقال بلي الميت، أي أفنته الأرض. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٦٢) (بَلِي).

قال رحمه الله:

(الرُّكن الثالث: الصِّيغة، ولا بدَّ منها؛ فلو أذِنَ في الصلاةِ في مِلكِه لم يَصِرْ مسجداً، وكذا إذا صلّى فيه[١]، ما لم يقُل: «جَعَلْتُه[٢] مسجداً».

وللصِّيغةِ مراتب:

الأولى: قولُه: «وقفْتُ» و«حَبسْتُ» و«سَبَّلتُ»، وكلُّ ذلك صريح.

الثانية: قولُه: «حرَّمتُ هذه البُقعةَ وأبَّدتُها»؛ إن نوى الوقف فهو وقف، وإن أطلَق فوجهان.

الثالثة: قولُه: «تصدَّقْتُ بهذه البُقعةِ»؛ وهي بمُجَرَّدِها ليس بصريح، فإن زادَ وقال: «صدقةٌ محُرَّمةٌ لا تُباعُ ولا تُوهَبُ» صارَ وقفاً (و). فإن اقتصرَ على المُحرَّمة، أو اقتصرَ على مُجرَّدِ النيّة؛ فوجهان، إلا إذا عيَّنَ شخصاً وقال: «تصدَّقتُ عليك»، لم يكن وقفاً (و) بمُجرَّدِ النيّة[٣]؛ بل يَنفُذُ[٤] فيما هو صريحٌ فيه[٥]؛ وهو التمليك).

لا يصحُّ الوقف إلّا باللّفظ؛ لأنه تمليك منفعةٍ أو عين ومنفعة، فأشبه سائر

---

(١) قوله: (فيه) زيادة من (ز).

(٢) في (هـ): (خطته).

خطته: يقال خطها لنفسه خطاً واختطها، أي علّم عليها علامة بالخط ليعلم أنه قد احتازها ليبنيها داراً. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب الطاء (٥/ ١٣٠) (خطّ).

(٣) في (هـ): (مجرداً).

(٤) في (ط العلمية): (ينعقد).

(٥) قوله: (هو صريحٌ فيه) سقط من (ط العلمية).

التّمليكات، وأيضاً فالعتق لا يحصل إلا باللفظ مع سرعة نفوذه، فالوقف أولى[١].

وعلى هذا، فلو بنى بناءً على هيئة المساجد أو على غير هيئتها وأذن في الصّلاة فيه، لم يصر مسجداً[٢]، وكذا لو[٣] أذن في الدّفن في ملكه، لم يصر مقبرةً، سواءً صلّى في ذاك ودفن[٤] في هذا، أو لم يفعل.

وقال أبو حنيفة[٥] رضي الله عنه: إذا صلّى فيه صار مسجداً، وإذا دُفن في الموضع ميِّتٌ واحدٌ صار مقبرةً وتَمَّ الوقف.

وقوله: (ما لم يقُل: «جعلته مسجدا»)، ظاهر في أنه إذا أتى بهذا اللفظ يصير مسجداً، وإن لم يوجد فيه شيءٌ من ألفاظ الوقف التي سنذكرها.

بل حكى الإمام[٦]: أنّ الأصحاب تردّدوا في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التجريد، كما إذا قال مالكُ البقعة: «وقفتها على صلاة المصلِّين»، وهو يبغي جعلها مسجداً.

وفي «التهذيب»[٧] و«التتمة»: أن المكان لا يصير مسجداً بقوله: «جعلته مسجداً»؛ لأنه لم يوجد شيءٌ من ألفاظ الوقف، وبه أجاب الأستاذ أبو طاهر، قال: لأنه وصفه بما هو موصوفٌ به، قال رسول الله ﷺ: «جُعلت لي الأرضُ مسجداً

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٢) من قوله: (فالوقف أولى) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) قوله: (لو) سقط من (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (ذلك أو دفن).

(٥) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٠).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٣).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٥١٧)، وهذا قياساً على العتق حيث لا يحصل إلا باللفظ.

وطهوراً[١]»[٢]. نعم، لو قال: «جعلته مسجداً لله عزَّ وجلّ»، يصيرُ مسجداً، وهذا ذهابٌ إلى أنه لا بدّ من لفظ الوقف. فانظر[٣] ما بين الكلامين من التباعد.

والأشبه: أنّه لا بأس باستعمال لفظ الوقف، وأن قوله: «جعلته مسجداً»، يقوم مقامه؛ لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه.

إذا عرفت ذلك، فلنتكلم في إيجاب الوقف، ثم في قبوله:

أمّا الإيجاب، فإنه جعله على مراتب:

إحداها: أن يقول: «وقفت كذا» أو «حبسته[٤]» «أو سبّلت»[٥]، أو «أرضي موقوفةٌ» أو «محبسةٌ» أو «مسبلةٌ»، فكل ذلك صريح؛ لكثرة استعماله واشتهاره شرعاً وعُرفاً[٦]، وقد روينا في حديث عمر رضي الله عنه: أنّ النبي ﷺ قال له: «حبِّس الأصلَ وسبِّلِ الثّمرةَ»[٧]. هذا ظاهرُ المذهب.

وعن الإصطخريِّ: أنّ التحبيس والتَّسبيل كنايتان؛ لأنّهما لم يشتهرا اشتهار الوقف. وعنه رواية أخرى: أنّ التحبيس صريحٌ، والتسبيل كنايةٌ؛ لأنّ التسبيل من

---

(١) قوله: (وطهوراً) سقط من (ط العلمية)، وفي (هـ): (وترابها طهوراً).

(٢) أخرجه [من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما]: البخاري، كتاب الصلاة، باب قول النبي ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً» (١/ ٥٣٣) (٤٣٨) واللفظ له. ومسلم في كتاب المساجد ومواضع الصلاة (٦/ ٣).
وله من رواية حذيفة بلفظ: «وجُعلت تربتها لنا طهوراً» (٦/ ٤).

(٣) في (ز)، (هـ): (فانظر إلى).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (حبست).

(٥) قوله: (أو سبّلت) سقط من (هـ).

(٦) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٧) سبق تخريجه ص٢١٦ من هذا الجزء.

السبيل وهو مبهم، والتحبيس حبسُ المِلك في الرقبة عن التصرُّفات المُزيلة وهو معنى الوقف. ورواية أخرى رواها أبو الفرج السرخسيّ في «الأمالي»: أن شيئاً منها ليس بصريح، بل لا بدّ من ضم النية إلى ما يستعمله منها[1]، أو الجمع بين لفظتين منها، أو التأكيد بقوله: «لا تُباع ولا تُورث». ويشهد لهذا على غرابته: أن القاضي ابن كجّ حكى عن أبي حامد وأبي الحسين وجهين في الألفاظ الثّلاثة، هل هي صريحة؟

ويتحرَّر[2] من هذه الروايات فيها[3] أربعة أوجهٍ: الكلُّ صريحٌ، الكلّ كنايةٌ، الصريح الوقف وحده، الكناية التّسبيل وحده.

الثانية: لو قال: «حرَّمت هذه البقعة للمساكين» أو «أبَّدتُّها»، أو «داري محرّمة» أو «مُؤبَّدةٌ»، فإن جعلنا الألفاظ السابقة كناية فكذلك هاهنا، وإن جعلناها صريحة فوجهان[4]:

أحدهما: أن التحريم والتأبيد أيضاً صريحان؛ لإفادتهما الغرض، واستعمالهما كالتحبيس[5] والتّسبيل.

وأشهرهما[6]: المنع؛ لأنهما لا يُستعملان مستقلين وإنما يؤكَّد بهما شيءٌ من الألفاظ المقدّمة.

---

(١) في (ط العلمية): (فيها).

(٢) في (ز)، (هـ): (يخرج).

(٣) قوله: (فيها) سقط من (هـ).

(٤) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (في التحبيس).

(٦) في (ز)، (هـ): (أظهرهما).

المرتبة[١] **الثالثة**: قوله: «تصدقت بهذه البقعة[٢]»، ليس بصريح، فإنّ هذا اللفظ على تجرده إنما يستعمل في التّمليك المحض[٣].

فإن زيد عليه شيءٌ، فتلك الزيادة إمّا لفظٌ أو نيةٌ، أمّا اللفظ ففيه وجوه:

أظهرها[٤]: أنه إذا اقترن[٥] به بعض الألفاظ السّابقة بأن قال: «صدقةٌ محرمةٌ» أو «محبسة» أو «موقوفة»[٦]، أو اقترن[٧] به ذكر[٨] حُكم الوقف بأن قال: «صدقةٌ لا تباع ولا تُوهب»، التحق بالصّرائح[٩]؛ لانصرافه بما ذكر عن التمليك المحض[١٠].

والثاني: أنه لا يكفي قوله[١١]: «صدقةٌ محرمةٌ» أو «مؤبّدةٌ»، بل لا بدّ من التقييد بأنها «لا تُباع ولا تُوهب».

ويُشبه ألا يعتبر هذا القائل في قوله: «صدقةٌ موقوفةٌ» مثل هذا التّقييد، وأنّ هذا قول من ذهب إلى أن التحريم والتأبيد ليسا بصريحين.

والثالث: أنّ لفظها لا يلتحق بالصرائح[١٢]؛ لأنه صريحٌ في التمليك المحض

(١) قوله: (المرتبة) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (البقعة) سقط من (هـ).

(٣) وهو «مشترك بين الوقف وصدقة التطوع». «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٤) كذا في (ز)، (هـ)، وفي غيرهما: (أظهرها أولها).

(٥) في (هـ): (قرن).

(٦) في (هـ): (صدقة مؤبدة).

(٧) في (هـ)، (ط العلمية): (قرن).

(٨) قوله: (ذكر) سقط من (ي)، (هـ).

(٩) في (ط العلمية): (بالضُّراح).

(١٠) وقطع به في «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(١١) قوله: (قوله) سقط من (هـ).

(١٢) هذا في (هـ)، وفي غيرها العبارة مختلطة.

الذي يُخالف مقصودَهُ مقصود الوقف، فلا ينصرف إلى غيره بقرينةٍ لا استقلال لها. ويجوز أن يُعْلَم لهذا قوله: (صار وقفا)، بالواو.

وأما النيّة، فيُنظر: إن أضاف اللفظ إلى جهةٍ عامّةٍ، بأن قال: «تصدّقت بهذا على المساكين» ونوى الوقف، فوجهان:

أحدهما: أن النيّة لا تلتحق باللفظ في الصّرف عن الصريح إلى غيره.

وأصحهما: أنها تلتحق، ويكون وقفاً[١].

وإن أضاف إلى معيَّن، فقال: «تصدّقْتُ عليك»، أو قاله لجماعةٍ معيَّنين، لم يكن وقفاً على الأصح. هكذا قاله الإمام[٢]، بل ينفذ فيما هو صريحٌ فيه، وهو محض التمليك[٣].

وفيما ذكره دلالةٌ على أن هاهنا خلافاً أيضاً، فيجوز أن يُعلم لذلك[٤] قوله: (لم يكن وقفاً)، بالواو.

ثم لك أن تقول: تجريد لفظ الصّدقة[٥] عن القرائن اللّفظيّة، إن أمكن فرضُه[٦] في الجهات[٧] العامّة مثل أن يقول: «تصدّقت به على فقراء المسلمين»، فلا يمكن فرضُه[٨]

---

(١) وقطع به في «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٣).

(٣) في (هـ): (يختص بالتمليك).

(٤) في (ط العلمية): (كذلك).

(٥) في (هـ): (اللفظ).

(٦) في (هـ): (صرفه).

(٧) في (ز): (الجهة).

(٨) في (هـ): (صرفه).

في التصدق على شخص أو جماعة معيّنين إذا لم نجوز[١] الوقف المنقطع، فإنه يحتاج إلى بيان المصارف بعد التعيين[٢]، وحينئذٍ فالمأتي به لا يحتمل إلا الوقف، كما أن قوله: «تصدَّقت به[٣] صدقةً محرمةً» أو «موقوفة»، لا يحتمل إلا الوقف.

وقوله في الكتاب: (إلّا إذا عيّن شخصاً وقال: «تصدقت عليك»)، ينصرف إلى الصّورة الثانية، وهي الاقتصار على مجرّد النية. فأمّا في القرينة اللفظيّة، فلا فرق بين أن يضيف التصدُّق إلى معيّن أو إلى جهةٍ عامّة. وقوله[٤]: (لم يكن وقفاً بمجرّد النية)، أي: لو صرح بمجرّد النيّة، لم يَصِر.

قال:

(أمّا الموقوفُ عليه؛ إن قال: «رَددتُ الوقف» ارتدّ (و)، وإن سكتَ ففي اشتراطِ قَبولِه وجهان. وأما البطنُ الثاني فلا يُشترَطُ قَبولُه (و)، وفي ارتدادِه عنه[٥] بردِّه وجهان).

أما طُرُقُ القَبُولِ: فإن كان الوقف[٦] على جهةٍ عامةٍ كالفقراء، أو على المسجد والرِّباط، فلا يشترط؛ لعدم الإمكان. ولم يجعلوا الحاكم نائباً في[٧] القبول، كما جعل نائباً عن المسلمين في استيفاء القِصاصِ والأموال، ولو صاروا إليه لكان قريباً.

---

(١) في (هـ): (لم يجز)، وفي (ط العلمية): (لم يجوز).
(٢) في (ز): (المعين).
(٣) قوله: (به) سقط من (ز).
(٤) في (هـ): (وقوله في الكتاب).
(٥) قوله: (عنه) سقط من (هـ).
(٦) في (ي)، (ط العلمية): (الموقف).
(٧) في (هـ): (عن).

ثم ما ذكرناه مفروضٌ[١] في الوقف، فأمّا إذا قال: «جعلت هذا للمسجد»، فهو تمليكٌ لا وقف، فيشترط قبول القيِّم وقبضه، كما لو وهب شيئاً من صبيٍّ[٢].

وإن كان الوقف[٣] على شخصٍ معيّن أو جماعةٍ معيّنين، فوجهان[٤]:

أصحهما ـ على[٥] ما ذكره الإمام[٦] وآخرون ـ: اشتراط القبول؛ لأنّه يبعُدُ دخول عين أو منفعة في ملكه من غير رضاه. وعلى هذا، فليكن متّصلاً بالإيجاب كما في البيع والهبة.

والثاني: أنه لا يشترط، واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كاستحقاق العتيق[٧] منفعة نفسِه. وبهذا أجاب صاحب «التهذيب»[٨]، وكذا القاضي الروياني. قال: لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول، ولكن لا يملك غلته إلّا بالاختيار، ويكفي[٩] الأخذ دليلًا على الاختيار.

وخصَّص في «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: إنَّ المِلك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه. فأمّا إذا قلنا بانتقاله إلى الله تعالى، أو ببقائه للواقف، فلا يشترط. أما على التقدير الأول، فإلحاقاً له بالإعتاق، وأما على الثاني فلأنه[١٠] إذا احتمل كون المنافع والفوائد معدومة ومجهولة، لم يبعد أن يحتمل ترك القبول.

---

(١) في (هـ): (معروض).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٧).

(٣) في (هـ): (وإن وقف).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٤٥).

(٥) قوله: (على) سقط من (ي).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٤، ٣٥٩، ٣٧٨-٣٧٩).

(٧) قوله: (العتيق) سقط من (هـ).

(٨) «التهذيب» (٤/ ٥١٧).

(٩) في (هـ): (ويكون).

(١٠) في (ي)، (ط العلمية): (فإنه).

وسواءٌ شرطنا القبول أو لم نشرطه، فلو ردَّ بَطَلَ حقّه، كما في الوصيّة، وكما أنّ الوكالة ترتدُّ[١] بالردِّ وإن لم يشترط القبول.

ووفّى صاحب «التهذيب»[٢] بتشبيهه بالعتق، وقال: إنّه لا يرتدُّ بردِّه. وإذا ردّ ثم رجع، قال القاضي الروياني: إن رجع قبل حُكم الحاكم بردِّه إلى غيره، كان له، وإن[٣] حَكَمَ الحاكم به لغيره، بطل حقُّه.

هذا في البطن الأول. أما البطن[٤] الثاني والثالث، فلا يُشترط قبولهم فيما نقله[٥] الإمام[٦] وصاحب الكتاب؛ لأنّ استحقاقهم لا ينقل[٧] بالإيجاب. وذكرا أنّ في ارتداده بردّهم وجهين؛ لأنّ الوقف قد ثبت ولزِم، فيبعُد انقطاعه.

وأجرى أبو سعد المتولّي الخلاف في أنه هل يُشترط قبولهم، وهل يرتد بردِّهم؟ بناءً على أنّهم هل[٨] يتلقّون[٩] الحق من الواقف أو من البطن الأوّل؟ إن قلنا بالأول، فقبولهم وردُّهم كقبول[١٠] الأوَّلين وردِّهم. وإن قلنا بالثاني، لم يعتبر قبولهم وردُّهم كما في الميراث، وهذا أحسن[١١]. ولا يبعد ألّا يتّصل الاستحقاق بالإيجاب، ومع ذلك يعتبر[١٢] القبول، كما في الوصيَّة.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (ترد).
(٢) «التهذيب» (٤/ ٥١٧).
(٣) قوله: (له وإن) سقط من (هـ).
(٤) في (هـ): (وأما في البطن).
(٥) في (هـ): (ذكره).
(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٧٩).
(٧) في (ز): (يتعلل)، وفي (هـ): (يبطل).
(٨) قوله: (هل) سقط من (ي)، (ز).
(٩) في (هـ): (ينقلون).
(١٠) في (هـ): (كما في قبول).
(١١) في (هـ): (حسن).
(١٢) في (هـ): (يفيد).

قال رحمه الله:

(الركنُ الرابع: في الشرائط؛ وهي أربعة:

الأوّل[١]: التأبيدُ: فإذا قال: «وقفتُ[٢] سَنة» فهو باطل؛ كالهبةِ المؤقَّتة. وفي الوقف المُنقطع آخرُه قولان؛ كما لو[٣] وقفَ على أولادِه ولم يَذكُرْ مَن يُصرَفُ إليه مِن[٤] بعدِهم. فإن قلنا بالصِّحَّة؛ فقولان في أنه هل يعودُ مِلكًا إلى الواقف أو إلى تَرِكتِه بعدَ انقراضِهم؟ فإن قلنا: لا يعود؛ فيُصرَفُ إلى أهمِّ الخيرات، وقيل: إنه[٥] لأقربِ الناسِ إليه، وقيل: إنه للمساكين (و)، وقيل: إنهُ للمَصالِح؛ إذ أهمُّ الخَيراتِ أعمُّها).

ضَمّن هذا الرُّكنَ شروط الوقف، وهي على ما عدَّها أربعةٌ:

أحدها: التأبيد[٦]، وذلك بأن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمساكين، أو على من ينقرض، ثم يردّه إلى من لا ينقرض[٧]، كما إذا وقف «على ولدِه، ثم على الفقراء والمساكين»، أو «على رجُلٍ، ثم على عقبه[٨]، ثم على الفقراء والمساكين[٩]».

---

(١) في (ط العلمية): (أربع، الأولى).

(٢) قوله: (وقفت) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (إذا).

(٤) قوله: (من) زيادة في (ز).

(٥) في (هـ): (إنه يصرف إلى).

(٦) قال الشافعي: «كانت محرمة أبداً». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٣). انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨١).

(٧) من قوله: (كالفقراء) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) قوله: (ثم على عقبه) سقط من (هـ).

(٩) قوله: (والمساكين) زيادة في (هـ).

والمساجد والقناطر والرِّباطات كالفقراء والمساكين، وإن عيَّن مساجد أو قناطر فوجهان[١].

وفي معنى الفقراء: العُلماء. وفي «فتاوى القفال» خلافٌ[٢]؛ لأنهم قد ينقطعون.

وفي الفصل مسألتان:

الأولى: إذا قال: «وقفتُ هذا سنةً»:

فعن بعضهم وجهٌ ضعيفٌ: أنه يصحُّ، وينتهي الوقف بانتهاء المدّة.

والمذهب المشهور[٣]: أن الشّرط فاسدٌ، وكذلك أصل الوقف[٤].

ومنهم من قال: إن الوقف الذي لا يُشترط فيه القبول لا يفسد بالتأقيت كالعتق، وبه قال الإمام[٥] ومن تابعه. وفي مطلق الوقف قول آخر، سنحكيه في الهبة إن شاء الله تعالى.

المسألة[٦] الثانية: إذا قال: «وقفت على أولادي»، ولم يذكر من يُصرف إليه من[٧] بعدهم[٨]، أو قال: «وقفت على زيد، ثم على عَقِبِه»، ولم يزد عليه، ففيه قولان:

---

(١) وقطع الماوردي بعدم صحته، لأن المسجد قد يخرب ويبطل. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨١).

(٢) في (ز)، (هـ): (خلافه).

(٣) قوله: (المشهور) سقط من (هـ).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨١)، «المهذب» (١٥/ ٣٣٣).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٥٣).

(٦) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) قوله: (من) زيادة في (ز).

(٨) قوله: (بعدهم) سقط من (هـ).

أحدهما ـ وهو المنصوصُ في «المختصر»[١] وبه قال مالكٌ[٢] ـ: أنه صحيحٌ؛ لأن مقصود الوقف القربةُ والثّواب، فإذا بيَّن مصرفه في الحال، سهُل إدامتُهُ على سُبُل الخير.

والثاني ـ ويُحكى عن نصه في «حرملة» مع الأول ـ: أنه باطلٌ[٣]؛ لأن شرط الوقف التأبيدُ، وإذا لم يردّه إلى ما يدوم[٤]، لم يؤبّده، فكان كما لو قال: «وقفتُهُ سنةً».

وفي «التتمة»: بناءُ القولين على أنّ البطن الثاني يتلقّون الوقف من الواقف، أو من البطن الأول؟ إن قلنا بالأول، فلا بدَّ من بيان من[٥] ينتهي الاستحقاق إليه. وإن قلنا بالثاني، فلا حاجة إليه.

وفي هذا البناء كلامان:

أحدهما: أن قضيته ترجيح قول البُطلان؛ لأن قول التلقِّي من الواقف أرجح وأصحُّ، وإلى ترجيحه ذهبَ المسعودي والإمام[٦]. لكنَّ الأكثرين قالوا: أصح القولين صحّة الوقف، منهم القضاة أبو حامد والطبريُّ والروياني.

والثاني: أن بناء قول المنع على التلقّي من الواقف، إن ظهر بعض الظهور، فبناء

---

(١) قال الشافعي: «فإذا انقرض المتصدق بها عليه كانت محرمة أبداً ورددناها على أقرب الناس بالذي تصدق بها» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٣).

(٢) «الكافي» (ابن عبد البر) ص٥٣٧، «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٤٣)، «الشرح الكبير» (٤/ ٨٥)، «مواهب الجليل» (٦/ ٢٨).

(٣) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣٨١).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (ما لا يدوم).

(٥) قوله: (من) زيادة في (ي)، (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٤٩-٣٥٠).

قول الصّحة على التلقّي من البطن الأول لا ظهور له ولا اتجاه؛ لأنهم لا يلقون[١] الحقَّ إلى المتلقِّين منهم، وليس ذلك على سبيل الإرث، فإن المصروف إليهم[٢] ليسُوا بورثةِ الأوَّلين.

وعن صاحب «التقريب» قولٌ ثالثٌ في المسألة: وهو الفرق بين أن يكون الموقوف عقاراً فلا يجوز إنشاؤهُ منقطع الآخر، أو[٣] حيواناً فيجوز؛ لأنَّ مصير الحيوان إلى الهلاك.

وكما يجوز فوات الموقوف مع بقاء الموقوف عليه، يجوز فوات الموقوف عليه مع بقاء الموقوف[٤].

التفريع:

إن قلنا بالصّحة، فإذا انقرض من ذكره، فقولان:

أحدهما: أنه يرتفع الوقف، ويعود ملكاً إلى الواقف، أو إلى ورثته إن كان قد مات؛ لأن إبقاء الوقف بلا مصرف[٥] متعذِّرٌ، وإثبات مصرف لم يتعرَّض له الواقف بعيدٌ، فيتعيّن ارتفاعه. ويُحكى هذا عن المزني.

وأصحهما: أنّه يبقى وقفاً؛ لأن وضع الوقف على أن يدوم ويكون صدقة جارية، وذلك مما[٦] ينافيه الحكم بانقطاعه. وأيضاً: فإنه صرف ماله إلى جهة قربة، فلا يعود ملكاً، كما لو نذر هدياً إلى مكة، فلم يقبله فقراؤها.

---

(١) هذا في (ز)، وفي غيرها: (يتلقون).
(٢) في (هـ): (منهم).
(٣) في (هـ): (وبين أن يكون).
(٤) في (هـ) تقديم وتأخير.
(٥) في (ط العلمية): (متصرف).
(٦) في (ط العلمية): (بما).

وقوله في الكتاب: (فقولان في أنه هل يعود مِلكاً إلى الواقف أو إلى ورثته)، أراد[١]: أو يبقى[٢] وقفاً. ذكر أحد القولين وترك الآخر.

التفريع:

إن قلنا: إنّه يبقى وقفاً، ففي مصرفه أوجُهٌ[٣]، ـ ويقال: أقوال، قال الإمام[٤]: ولعلّها من تخريجات ابن سريج ـ:

أصحُّها ـ وهو المنصوص في «المختصر»[٥] ـ: أنه يُصرف إلى أقرب النّاس إلى الواقف يوم انقراض المذكورين[٦]؛ لأن الصدقة على الأقارب أفضل؛ لما فيه من صلة الرَّحم، فكان الصّرف إليهم أولى[٧].

والثاني: أنه يُصرف إلى المساكين؛ لأنَّ سدَّ الخلّات[٨] أهمُّ الخيرات.

والثالث: أنه يُصرفُ إلى المصالح العامّة، مصارف[٩] خُمُسِ الخمس، فإنها أعمُّ الخيرات، والأعمُّ أهمُّ.

---

(١) قوله: (أراد) سقط من (ز).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (ويبقى).

(٣) كذا عند الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣٨٢).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٥٠).

(٥) تقدم نصه (ص: ٢٥٢). انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٤).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (الانقراض المذكور).

(٧) في (هـ): (أهم).

(٨) في (ي)، (ز): (الحاجات).
والخلات: جمع خلة وهي الحاجة والفقر والخصاصة. يقال: خل الرجل وأُخل بالضم أي احتاج. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب اللام (٧/ ٣٠٨) (خلل).

(٩) في (هـ): (ومصارف).

والرابع: أنّه يصرف إلى مستحقِّي الزكاة. حكاه في «شرح مختصر الجوينيِّ».

وقوله في الكتاب: (فيصرف إلى أهم الخيرات)، ليس هذا وجهاً برأسه[١] مضموماً إلى ما بعده، بل المراد: أنّا إذا لم نجد بُدّاً من إبقاء الوقف، وجب إبقاؤه في أهمِّ المصارف.

واختلف الرأي في أنَّ الأهم ماذا؟

التفريع:

إن قلنا: إنّه يُصرفُ إلى أقرب الناس إلى الواقف، فالنظر إلى قربِ[٢] الرحم، أو استحقاق[٣] الإرث؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول، حتى يتقدَّم ابن البنت على ابن العم؛ لأن المرعيَّ صلة الرّحم.

وإذا اجتمع[٤] جماعةٌ، فالقول في الأقرب على ما سيأتي في الوصيَّة[٥] للأقرب إن شاء الله تعالى.

وهل يختص الفقراء بالصّرف إليهم، أو يشترك فيه الفقراءُ والأغنياء؟ قال في «حرملة»: يختصُّ، وأطلق في «المختصر»[٦] الصرف إلى الأقرب. فجعلوها على قولين:

أحدهما: أنه لا اختصاص؛ لأن الوقف لا يختصُّ بالفقراء، ولهذا لو وقف على أولاده، دخل فيه الغنيُّ والفقير.

---

(١) قوله: (برأسه) سقط من (ز).

(٢) قوله: (قرب) سقط من (هـ)، وفي (ز): (أقرب).

(٣) في (هـ): (إلى استحقاق).

(٤) في (ط العلمية): (الجامع).

(٥) انظر ما سيرد (١١/ ٦١٨) وما بعدها.

(٦) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٤).

وأصحهما: الاختصاص؛ لأنّ المقصد القربة والثواب. وعن ابن سريج[١] القطع بالثاني، وحمل المطلق على المقيّد.

وإذا قلنا بالاختصاص، فهو على سبيل الوجوب أو الاستحباب؟ حكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين. وإن قلنا: بالصَّرف إلى المساكين، ففي تقديم جيران[٢] الواقف وجهان، أشبههما: المنع؛ لأنا لو قدّمنا بالجوار، لقدّمنا بالقرابة بطريق الأولى، والتفريع على غيره.

ولو قال: «وقفت هذا على زيد شهراً، على أن يعود إلى مِلكي بعد الشهر»: فالمذهب: بطلانه. وفيه قول آخر: أنّه يصحُّ، وعلى هذا فيعود مِلكاً بعد الشهر، أو يكون كالوقف المنقطع الآخر، حتى يُصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ قال صاحب «التهذيب»[٣]: فيه قولان، والله أعلم.

قال:

(الشرطُ الثاني[٤]: التَّنجيزُ: فإذا قال: «إذا جاءَ رأسُ الشهر فقد وقفتُ» لم يصحّ (و)؛ لأنه تعليق؛ كما في الهبة. ولو قال: «وقفتُ[٥] على من سيُولَدُ مِن أولادي» فهو مُنقطِعُ الأوَّلِ؛ فقولانِ كمنقطع الآخِر. وقيل: يَبطُلُ قطعاً؛ لأنه لا مَقَرَّ له في الحال. فإن صحَّحْنا؛ فإذا وقفَ على عبدِه أو على[٦] وارثِه وهو مريضٌ ثم بعدَه على المساكينِ فهو مُنقطِعُ الأوَّل).

---

(١) في (ي)، (ز): (أبي إسحاق).

(٢) في (هـ): (جوار).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥١٥).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (الثانية).

(٥) قوله: (وقفت) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (على) سقط من (هـ).

في الفصل مسألتان، يقتضي الشّرح تقديم الأخيرة منهما[١] فنُقَدِّمها، فنقول:

المسألة الأولى، وهي الثانية[٢]: إذا قال[٣]: «وقفتُ على من سيولد لي[٤]» أو «على مسجد سيُبْنى، ثم على الفقراء» أو قال: «على ولدي، وبعده على الفقراء» ولا ولد له، فهذا وقفٌ منقطع الأول، وفيه طريقان:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنّه على القولين في منقطع الآخر[٥]. قال في «التتمة»: وهما مبنيّان على أنّ البطن الثاني ممّن يتلقّون[٦]؟

إن قلنا: من[٧] البطن الأول، لم يصحّ؛ لأن الأول إذا لم يثبت له شيءٌ، استحال التلقِّي منه. وإن قلنا: من الواقف، فهو على الخلاف في تفريق الصّفقة.

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: القطع بالبطلان[٨].

والفرق بينه وبين منقطع الآخر: أنّ متَّصل الأول وجد مستحقاً وابتداءً صحيحاً يُبنى عليه الآخر[٩]، بخلاف العكس، ولهذا يقال في منقطع الأول قولان مرتّبان على القولين في منقطع الآخر، وهو[١٠] أولى بالبُطلان.

---

(١) قوله: (منهما) سقط من (ي).
(٢) قوله: (المسألة الأولى وهي الثانية) سقط من (ز)، (هـ).
(٣) قوله: (قال) سقط من (هـ).
(٤) قوله: (لي) سقط من (هـ).
(٥) في (ي): (الوقت المنقطع الآخر).
(٦) في (هـ): (ممن يتلقون الوقف).
(٧) في (ط العلمية): (في).
(٨) وصححه الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٣٨٤).
(٩) في (ط العلمية): (الأخير).
(١٠) قوله: (وهو) زيادة في (ز)، (هـ).

ورأى الإمام[١] عكس هذا التَّرتيب، وأن منقطع الآخر أولى بالبطلان؛ لأنّ وضع الوقف على أن يدوم، وليس في منقطع الأول إلا أن مصرفه منتظر.

وسواءٌ أثبتنا الخلاف في المسألة أو لم نثبته، فالظاهر: البطلان، وهو المنصوص في رواية المزنيِّ. والثاني: يقال إنه مخرَّج من[٢] منقطع الآخر، ويقال: إنّه منصوصٌ في «حرملة».

التفريع:

إن قلنا بالصحّة، نُظر: إن لم يمكن انتظار ما ذكره، كما إذا وقف «على ولده» ولا ولد له، أو على «مجهول» أو «ميت، ثم على الفقراء»، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء، وذكر الأول لغوٌ.

وإن أمكن، إمّا انقراضاً كما لو وقف «على عبد ثم على الفقراء»، وإمّا حُصُولاً كما لو قال: «وقفتُ على من سيولد لي»، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الغلَّة مصروفةٌ إلى الواقف حتى ينقرض الأول[٣]؛ لأنه لم يثبت الاستحقاق للثاني[٤] إلّا بعد الأول، والأول لا يمكن ثبوت[٥] الاستحقاق له، فيبقى للواقف. وعلى هذا، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان[٦]:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٥٢-٣٥٣).

(٢) قوله: (من) سقط من (ط العلمية).

(٣) قال أبو إسحاق الشيرازي: «وهو المنصوص: أنه للواقف ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه» «المهذب» (١٥/ ٣٣٥).

(٤) في (ط العلمية): (الاستحقاق التالي)، وفي (ي): (استحقاق التالي).

(٥) في (ي): (الصرف إليه).

(٦) في (ز): (قولان).

أحدهما: يثبت؛ لأنه نجّزه، ولكن يتأخر الاستحقاق.

والثاني: لا يثبت بل هو ملكه[١]، وسبيله سبيل المعلّق عتقه بصفة.

وأظهرهما: أنه إذا صحَّ الوقف، انقطعت الغلة عن الواقف. وعلى هذا، فثلاثة أوجهٍ فيمن تُصرف إليه[٢]:

أرجحها: أنه يُصرف في الحال إلى أقرب النّاس إلى الواقف، فإذا انقرض المذكور أولاً، يصرف إلى المذكورين بعده. وعلى هذا، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريع على ما سبق.

وثانيها: أنه يصرف إلى المذكورين بعده من أول ما وقف، كما لو كان الأول ممن[٣] لا يمكن اعتبار انقراضه.

وثالثها: أنه للمصالح العامّة.

ولو وقف «على وارثه في مرض الموت ثم على الفقراء»، وقلنا: إنّه غير صحيح، أو صحيحٌ وردَّه باقي الورثة، فهو وقفٌ منقطع الأول. وكذلك إذا وقف على معيّن يصحُّ الوقف عليه، ثم على الفقراء، فردَّه ذلك المعيّن، وقلنا بالصحيح، وهو[٤] أنه يرتدّ بالردِّ.

المسألة الثانية وهي الأولى[٥]: إذا علَّق الوقف، فقال: «إذا جاء رأس الشّهر» أو

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (ملك).

(٢) قوله: (إليه) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (فمن).

(٤) قوله: (وهو) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (وهي الأولى) سقط من (ز)، (هـ).

«قدم فلانٌ، فقد وقفت كذا»: لم يصحّ[١] الوقف، كما لا يصح[٢] تعليق البيع والهبة.

وعن بعض الأصحاب: تخريجُه على الخلاف المذكور[٣] فيما إذا وقف «على من سيُولد له». قالوا: والتصريح بالتعليق[٤] أولى بالفساد. والله أعلم.

واعلم أنّ التعليق[٥] في هذه المسألة مُصرَّحٌ به، وفي الأولى ضمنيٌّ، فلهذه المناسبة[٦] جمع بين المسألتين.

وكذلك المسألتان في الشّرط الأول، فالتأقيت[٧] في قوله: «وقفت سنة» مصرّح[٨] به، وفيما إذا قال: «وقفتُ على فلان»، واقتصر عليه، ضمنيٌّ.

وأن للوقف وراء انقطاع الآخر مع اتصال الأول أحوالاً[٩]، وبالعكس أحوالاً[١٠]:

إحداها: أن يكون متصل الأول والآخر والوسط، فهو صحيحٌ.

والثانية: أن يكون منقطعها جميعاً، فهو باطلٌ.

---

(١) وبه قطع العراقيون. «الوسيط» (٤/ ٢٤٨).

(٢) قوله: (الوقف كما لا يصح) سقط من (ط العلمية).

(٣) قوله: (المذكور) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (بالتعليق) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (أن التعليق) سقط من (هـ).

(٦) في (هـ): (المباينة).

(٧) كذا في (ز)، وفي (ي): (بالتأقيت)، وفي (هـ)، (ط العلمية): (والتأقيت).

(٨) في (ط العلمية): (فصرح).

(٩) قوله: (أحوالًا) سقط من (ي)، (ز).

(١٠) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٨٣).

والثالثة: أن يكون متّصل الطرفين، منقطع الوسط، كما إذا وقف «على أولاده، ثم على رجل، ثم على الفقراء»، فترتّب على منقطع الآخر، إن صحّحناه فهذا أولى، وإلّا فوجهان، أصحهما: الجواز، ويُصرف عند توسُّط الانقطاع إلى أقرب النّاس إلى الواقف، أو إلى المساكين، أو إلى المصالح العامة[١]، أو إلى الجهة العامّة المذكورة في الوقف، أجري[٢] فيه الاختلافات السابقة.

والرابعة: أن يكون منقطع الطرفين معلوم الواسطة[٣]، كما إذا وقف «على رجل[٤]، ثم على أولاده»، واقتصر عليه، فيُرتب على منقطع الأول، إن لم نصحِّحه فهذا أولى، وإن صحّحناه، فوجهان، أظهرهما: البُطلان.

وبتقدير الصِّحَّة، إلى من يُصرف؟ فيه الخلاف السّابق.

وجميع هذه الأحوال فيما إذا تعرض الواقف للمصرف[٥]، وإلاّ فسيأتي.

وقوله في الكتاب: (فإن صحّحْناه، فإذا وقف على عبده) إلى آخر لفظه؛ (فإن صحّحناه)، لغو؛ فليس[٦] المذكور مُفرَّعاً على الصَّحيح[٧]، ولو طرحه وقال: «وإذا وقف على عبد»، لحصل الغرض.

* * *

(١) قوله: (العامة) سقط من (ي)، (ز).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (آخراً).

(٣) في (ط العلمية): (الواسط).

(٤) في (هـ): (رجلين).

(٥) في (ط العلمية): (انقرض الواقف المصرف).

(٦) في (ط العلمية)، (هـ): (وليس).

(٧) في (ز): (التصحيح).

قال:

(الثالث: الإِلزام: فلو قال: «على أنـي بالخِيارِ في الرُّجوع عنه ورفع شرائطِه»، فَسَدَ (و) الوقف، ولو قـال: «على أنّ ليَ الخيارَ[١] في تفصيلِ الشرطِ مع بقاءِ الأصلِ» ففيه وجهان. ولو شرطَ ألا يُؤاجَرَ الوقفُ اتُّبِعَ شرطُه. وقيل: لا يُـتَّبَع[٢]. وقيل: لا يُـتَّبَعُ إلا في الزيادةِ على السَّنةِ. ولو خصَّصَ مسجداً بأصحابِ الرأي أو الحديث: لم يختَصَّ (و)، ولو خصَّصَ المدرسةَ والرِّباطَ جاز، ولو خَصَّصَ المَقبرةَ ففيه تردُّد (و)).

في الفصل ثلاثُ مسائل:

المسألة الأولى: الوقف بشرط الخيار باطل[٣] كالعتق والصدقة، وكذا لو قال: «وقفتُ بشرط أن أبيعه، أو أرجع فيه[٤] متى شئت»، واحتجُّوا له بأن الوقف إزالة ملك[٥] إلى الله تعالى كالعتق[٦]، أو إلى الموقوف عليه كالبيع والهبة، وعلى التقديرين، فهذا الشّرط مُفسِدٌ.

لكن في «فتاوى القفال»: أنّ العتق لا يفسد بهذا الشّرط، وفرق بينهما بأنّ العتق مبنيٌّ على الغلبة والسِّراية. وعن ابن سريج أنه قال: يحتمل أن يبطل الشّرط ويصح أصل الوقف.

---

(١) في (هـ): (أني بالخيار)، وفي (ط العلمية): (أن الخيار).

(٢) قوله: (وقيل لا يُتبَع) زيادة في (هـ).

(٣) لأنه إخراج مال عن ملكه على وجه القربة منجزاً. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٢)، «المهذب» (١٥/ ٣٣٢).

(٤) في (هـ): (عنه).

(٥) في (ي): (إما أن ينتقل الملك).

(٦) قوله: (كالعتق) زيادة في (ي)، (ز)، (هـ).

ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات، فعن البويطيِّ: أنّه على القولين؛ أخذاً من مسألة العُمْرى، والمذهب البطلان.

ولو وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء[1] ويزيد من شاء، أو يقدم أو يؤخر، ففي صحة شرطه وجهان:

أصحهما: المنع[2]؛ لأن وضع الوقف على اللزوم، وإذا كان الموقوف عليه بعرض السقوط[3] فلا لزوم.

والثاني ـ وبه قال ابن القطان ـ: أنه يصح، كما لو شرط صرف الريع مدة إلى هذا، ومدة إلى هذا.

قال الإمام[4]: وموضع الوجهين ما إذا لزم الوقف بالشرط المذكور. أما إذا أطلقه ثم أراد أن يغيِّر ما ذكره[5] بحرمان أو زيادة مستحق، أو تقديم أو تأخير[6]، لم يجد إليه سبيلاً[7]. قال: وإذا صحّحنا شرطه لنفسه، فلو شرطه لغيره فوجهان، أصحهما: الفساد. وإن أفسدناه، ففي فساد الوقف به خلاف مبنيٌّ على أن الوقف كالعتق أو لا؟

هذا ما وجدته فيما يحضرني الآن من كتب الأصحاب، وجواب عامتهم: بطلان الشرط والوقف في الصور جميعاً.

---

(١) قوله: (من شاء) سقط من (هـ).

(٢) وقطع به البغوي «التهذيب» (٤/ ٥١٢)، وأبو إسحاق الشيرازي «المهذب» (١٥/ ٣٣٢-٣٣٣)، وصحح منعه الماوردي «الحاوي» (٩/ ٣٩٥).

(٣) في (ط العلمية): (يتعرض للسقوط).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٦٢-٣٦٣).

(٥) قوله: (ما ذكره) سقط من (هـ).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (أو تقدم أو تأخر).

(٧) قوله: (لم يجد إليه سبيلًا) سقط من (هـ).

ورتب صاحب الكتاب هذه الصور في «الوسيط»[١] على ثلاث مراتب:

إحداها: أن يقول: «وقفت بشرط أن أرجع متى شئت» أو «أحرم المستحق، وأحوِّل الحق إلى غيره متى شئت»، فهو فاسد.

والثانية: أن يقول: «بشرط أن أغير مقادير الاستحقاق بحكم المصلحة»، فهو جائز.

والثالثة: أن يقول: «أبقي أصل الوقف، وأغيّر تفصيله[٢]»، ففيه وجهان.

وقوله هاهنا: (ورفع شرائطه)، يشبه أن يريد به التحوُّل من شخص إلى شخص، أو جهة إلى جهة الذي عدّه من[٣] المرتبة الأولى، وحكم فيها بالفساد.

واعلم أن الترتيب الذي ذكره لا يكاد يوجد لغيره، ثم فيه لبس، فإن التحويل من مستحق إلى مستحق المعدود في[٤] المرتبة الأولى، وتقدير[٥] مقادير الاستحقاق الذي جعله مثالاً للثانية، كل واحد منهما[٦] مندرج فيما جعله موضع الوجهين وهو[٧]: إبقاء أصل الوقف وتغيير[٨] تفصيله.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فسد الوقف)، بالواو[٩]؛ لما قدّمناه.

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٢٤٨).

(٢) في (ط العلمية): (بفضله).

(٣) في (هـ): (في).

(٤) في (ز): (من).

(٥) كذا في (ز)، وفي غيرها: (تعتبر). ولعلّ الصواب: (وتغيير)، وهذا يفهم مما ذكره في المرتبة الثانية بقوله: (أن يقول: بشرط أن أغير مقادير الاستحقاق ..)، والله تعالى أعلم. (م ع).

(٦) قوله: (منهما) سقط من (هـ)، وفي (ي): (منها).

(٧) في (هـ): (وهذا).

(٨) في (ط العلمية): (ويعتبر).

(٩) قوله: (بالواو) سقط من (ز)، (هـ).

المسألة الثانية: لو شرط الواقف ألا يؤاجر الوقف، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها ـ ما ذكره الإمام[١] وصاحب الكتاب ـ: أن يتبع شرطه[٢]، كسائر الشروط؛ لما فيه من وجوه[٣] المصلحة.

والثاني: المنع؛ لأنه يتضمّن الحجر على مستحق المنفعة.

والثالث: الفرق بين أن يمنع مطلقاً فلا يتبع، أو الزيادة على سنة فيتبع؛ لأنه لائق بمصلحة الوقف.

وهذا يتفرّع على أن مدة[٤] الإجارة في الوقف لا تتقدر كمدة إجارة الملك على الصحيح، وفيه شيء قد مرّ في باب الإجارة.

وإذا أفسدنا الشرط، فالقياس فساد الوقف به[٥]. لكن ذكر الشيخ أبو عاصم العبّادي في «زياداته»: أنّه إذا شرط ألاّ يؤاجر أكثر من سنة، لم يخالف.

ثم حكى وجهاً: أنه لو كان الصّلاح في الزيادة، زِيدَ. وهذا قول بالصحّة مع فساد الشرط.

المسألة[٦] الثالثة: إذا جعل داره مسجداً أو أرضه مقبرة، أو بنى مدرسة أو رباطاً، فلكل واحد أن يصلي ويعتكف في المسجد، ويدفن في المقبرة، ويسكن المدرسة بشرط الأهلية، وينزل الرباط، ولا فرق فيه بين الواقف وغيره[٧].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٩٧).

(٢) كذا رجحه في «الوسيط» (٤/ ٢٤٩).

(٣) في (ط العلمية): (وجود).

(٤) في (ط العلمية): (من).

(٥) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (المسألة) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) قوله: (وغيره) سقط من (هـ).

ولو شرط في الوقف: اختصاص المسجد بأصحاب الحديث[١] أو الرأي[٢] أو بطائفة معلومين، فوجهان:

أحدهما: أن شرطه غير مُتَّبَع؛ لأن[٣] جعل البقعة مسجداً كالتحرير[٤]، فلا معنى لاختصاصه بجماعة. وعلى هذا، قال في «التتمة»: يفسد الوقف؛ لفساد الشرط[٥].

والثاني: يتبع ويختص بهم؛ رعاية لشرط الواقف، وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر. ويشبه أن تكون الفتوى بهذا، وإن كان المذكور في الكتاب الأول.

ثم هذا الخلاف فيما إذا وقف داراً على «أن يصلي فيها أصحاب الحديث، فإذا انقرضوا فعلى عامّة المسلمين»، أمّا إذا لم يتعرّض للانقراض، فقد تردّدوا فيه.

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص، اتُّبع شرطُه. ولو شرط في المقبرة الاختصاص بالغرباء، أو بجماعة معيّنين مخصوصين[٦]، فالوجه أن تُرتّب على تخصيص المسجد، إن قلنا يختص، فالمقبرة أولى. وإلا فوجهان؛ لترددها بين المدرسة والمسجد. والثاني: أظهر، فإن المقابر للأموات كالمساكن[٧] للأحياء.

---

(١) أصحاب الحديث: العلماء أو الفقهاء الذين يقفون عند النصوص والآثار والمعاني المتبادرة منها، وقد كان أكثر هؤلاء الفقهاء في المدينة بالحجاز. انظر: (زيدان، د. عبد الكريم) «المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية» ص١٣٦ - ١٣٧ (الطبعة السادسة ١٤٠١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت).

(٢) أصحاب الرأي: هم الفقهاء الذين يميلون إلى الأخذ بالرأي عندما لا يوجد نصّ من الكتاب أو السنة، وقد كان أكثر هؤلاء الفقهاء في الكوفة بالعراق. انظر: «المدخل لدراسة الشريعة» ص١٣٦ - ١٣٧.

(٣) في (ي): (لأنه).

(٤) في (ط العلمية): (كالتحريم).

(٥) وقال الغزالي: «لا يثبت الشرط فيه كالعتق» «الوسيط» (٤/ ٢٥٠).

(٦) في (هـ): (بجماعة محصورين).

(٧) في (ط العلمية): (كالمساكين).

وفيما ذكرنا ما يعرِّفك أن قوله: (ولو خصَّصَ مسجـداً)، ليس المراد منه التخصيص بعد صيرورة البقعة مسجداً، فذاك مما لا عبرة به[1] بحال، وإنما المراد منه شرط الاختصاص عند جعل البقعة مسجداً. وكذا القول في تخصيص المدرسة والمقبرة.

واعلم أنّ المسألتين الأخيرتين، لا تعلُّق لهما بترجمة هذا الشرط وهو الإلزام، ولا اختصاص لهما بهذا الموضع.

* * *

---

(١) في (هـ): (فيه).

قال:

(الرابع: بَيانُ[١] المَصِرف: فلو اقتصَر على قولِهِ: «وقفتُ» لم يصحَّ (م) على الأظهر[٢]. وقيل: يصحُّ[٣] ويُصَرفُ إلى أهمِّ الخيرات؛ كما ذكَرنا في مَصرِفِ[٤] مُنقطِعِ الآخِر. ولو وقفَ على شخصين وبعدَهما على المساكين، فماتَ أحدُهما؛ فنصيبُه لصاحبِه أو للمساكين؟ فيه وجهان. ولو رَدَّ البَطنَ الثاني، وقلنا: إنه[٥] يرتَدُّ بردِّه؛ فقد صارَ مُنقطِعَ الوسط؛ ففي مَصرِفِه ما ذكَرناه مِن الخلاف[٦]. وقيل: إنه يُصَرفُ إلى الجهةِ العامّةِ المذكورةِ بعدَ انقراضِهم في شرطِ الواقف[٧]. وقيل: يُصَرفُ إلى البطنِ الثالث، ويُجعَلُ الذينَ رُدُّوا كالمعدومين[٨]).

في الفصل ثلاث صورٍ؛ لاختصاص الأخيرتين[٩] به على نحو ما ذكرنا في الفصل السّابق:

الصورة الأولى: لو قال: «وقفتُ كذا، واقتصر عليه»، فقولان:

---

(١) قوله: (بيان) سقط من (هـ).
(٢) قوله: (على الأظهر) سقط من (ز).
(٣) في (ط العلمية): (ثم).
(٤) قوله: (مصرف) سقط من (هـ).
(٥) قوله: (إنه) زيادة من (هـ).
(٦) قوله: (من الخلاف) زيادة في (هـ).
(٧) قوله: (بعد انقراضهم في شرط الواقف) سقط من (ز).
(٨) في (هـ): (كالمعدومين بعد انقراضهم في شرط الواقف).
(٩) في (ي)، (ز): (لا اختصاص للأخيرتين).

أصحهما ـ عند الأكثرين ـ: البطلان[١]، كما لو قال: «بعتُ داري بعشرة» أو «وهبتها[٢]»، ولم يقل ممن[٣]. ولأنه لو قال: «وقفت على جماعةٍ» ولم يعين[٤]، لم يصح؛ لجهالة المصرف. فإذا لم يذكر المصرف أصلاً، أولى ألاّ يصح.

والثاني: يصحّ، وإليه ميلُ الشيخ أبي حامد، واختاره صاحب «المهذب»[٥] والقاضي الروياني؛ لأنه قصدَ القربة وإن[٦] لم يبين المصرف، فأشبه ما إذا قال: «لله عليَّ أن أتصدق بكذا» أو «أُهدي هدياً[٧]»، ولم يبيِّن المصرف. واحتجُّوا لهذا القول بأنه لو قال: «أوصيت بثلث مالي» واقتصر عليه، تصحُّ الوصية، ويُصرفُ إلى الفقراء والمساكين. وهذا إن كان متَّفقاً عليه فالفرق مشكِلٌ.

ويُعْزَى القولان في المسألة إلى نصِّه في «حرملة»، وبعضهم يحكي الخلاف في المسألة وجهين. وإذا قلنا بالصحة، ففي مصرفه الخلاف المذكور في منقطع الآخر إذا صحَّحناه.

وعن تخريج ابن سريج: أن المتولي يصرِفُه إلى ما يراه من وجوه البرِّ، كعمارة المساجد والقناطر وسدّ الثغور وتجهيز الموتى وغيرها[٨].

---

(١) قال البغوي: «الصحيح أنه لا يصلح» «التهذيب» (٤/ ٥١٣).

(٢) في (ط العلمية): (رهنتها).

(٣) في (ط العلمية): (لمن).

(٤) قوله: (ولم يعين) زيادة في (هـ).

(٥) «المهذب» (١٥/ ٣٣٦)، وقال: «وهو الصحيح، لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح مطلقاً كالأضحية».

(٦) كذا في (ي)، وفي (ط العلمية): (فإن)، وفي (ز)، (هـ): (ولم).

(٧) في (ز): (كذا).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (وغير هذا).

الصورة[١] **الثانيـة**: ولو[٢] وقفَ «على شخصيـن، ثـم على المساكين»، فمات أحدهما، حكى الأئمةُ في نصيبه وجهين[٣]:

أظهرهما ـ ويحكى عن نصِّه في «حرملة»[٤] ـ: أنّهُ يُصرفُ إلى صاحبه؛ لأن شرط الانتقال إلى المساكين انقراضُهما جميعاً[٥]، ولم يوجد، وإذا امتنع الصَّرف إليهم، فالصرف إلى من ذكره الواقف أولى.

والثاني ـ عن أبي عليٍّ الطبريِّ ـ: أنّه للمساكين، كما أنّ نصيبهما إذا انقرضا للمساكين[٦].

والقياس وجهٌ ثالث، وهو: ألاّ يُصرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين، ويقال: صار الوقفُ في نصيب الميِّت منقطع الوسط.

ولو وقف على شخصين، ولم يذكر من يصرف إليه بعدهما، وصحّحنا الوقف المنقطع الآخر، فمات أحدهما، فنصيبه للآخر، أو حُكمُه حكم نصيبهما إذا ماتا؟ فيه وجهان[٧].

الصورة[٨] **الثالثة**: لو وقف على البُطُون، فردَّ البطن الثاني، وقلنا: أنه[٩] يرتدُّ

---

(١) قوله: (الصورة) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (ولو) زيادة في (هـ).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٠).

(٤) قوله: (في حرملة) سقط من (ز).

(٥) قوله: (جميعاً) سقط من (هـ).

(٦) من قوله: (كما أن) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) وقال البغوي: «قولان» «التهذيب» (٤/ ٥١٥).

(٨) قوله: (الصورة) سقط من (ز)، (هـ).

(٩) قوله: (أنه) زيادة في (ي)، (ز).

بردِّهم، فهذا وقف منقطع الوسط، وقد سبق ما فيه من الاختلافات.

ومنهـا مـا خصّه بـالذكر هاهنا، وهو الصَّرف إلى الجهة العامّة المذكورة بعد انقراض البُطُون جميعاً، وإنما احتاج صاحب الكتاب إلى تخصيصه بالذِّكر هاهنا[١]؛ لأنَّ قوله: (وفي مصرفه ما ذكرناه)، أراد ما ذكره في منقطع الآخر، وهذا القول لا مجال له هناك.

وفي المسألة وجهٌ أو قولٌ آخر: أنه يُصرفُ إلى البطن الثالث، ويقدّر البطن الثاني معدومين.

ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: (فلو اقتصر على قوله: «وقفتُ» لم يصحّ[٢])، بالميم[٣] والألف[٤]؛ لأنَّ الرواية عنهما: الصِّحَّةُ. والله أعلم.



(١) قوله: (هاهنا) زيادة في (هـ).

(٢) قوله: (يصح) سقط من (هـ).

(٣) لا يشترط تعيين المصرف عند المالكية. فلو قال: «داري وقف»، لزم الوقف وصُرف ريعه إن تعذر سؤال المحبس في غالب ما يُقصد التحبيس عليه في عرفهم، وإن لم يكن غالب لهم فيصرف على الفقراء سواء كانوا بمحل الوقف أو كانوا بغيره. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٨٧ - ٨٨)، «التاج والإكليل» (٦/ ٣٢).

(٤) يصح الوقف مطلقاً عند الحنابلة في المذهب، لأنه إزالة ملك على سبيل القربة فيصبح مطلقاً كالعتق. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٥٢ - ٤٥٣)، «الإنصاف» (٧/ ٣٤).

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(الباب الثاني: في حكم الوقف الصحيح

وفيه فصلان:

الفصل[1] الأوَّل[2]: في أمورٍ لفظيّة

فإذا قال: «وقفتُ على أولادي وأولادِ أولادي[3]» فهو للتشريك، ولا يُقدَّمُ البطنُ الأوَّلُ إلا بشرطٍ زائد. ولو قال: «وقفتُ على أولادي» لم يدخُل الأحفاد، ودخلَ البناتُ والخَناثى. ولو قال: «وقفتُ على البنات» أو «على[4] البنين ـ» لم تدخُل الخَناثى، ولا يدخلُ تحتَ الولدِ الجنينُ ولا المنفيُّ (و) باللِّعانِ.

ولو قال: «على ذُرِّيّتي[5]» أو «عِتْرتي»[6] أو «نسلي[7]» أو «عَقْبِي»[8]؛

---

(١) قوله: (الفصل) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (الأول) سقط من (ز).

(٣) قوله: (وأولاد أولادي) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (على) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) الذرية ـ بالضم ـ: فعلية من الذر وهو النشر، ويكسر. وهو: ولد الرجل، وقد يُطلق على الأصول والوالدين فهو من الأضداد، ومنه قوله تعالى: ﴿وَءَايَةٌ لَّهُمْ أَنَّا حَمَلْنَا ذُرِّيَّتَهُمْ فِي ٱلْفُلْكِ ٱلْمَشْحُونِ﴾ [يس: ٤١]، ويدخل فيه النساء، لما روي أن الرسول ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «ما كانت هذه تقاتل، الحق خالداً فقل له: لا تقتل ذرية ولا عسيفاً». وقال عمر: «حجوا بالذرية، لا تأكلوا أرزاقها وتذروا أرباقها في أعناقها» أي حجوا بالنساء، والأرباق القلائد. قال ابن الأثير: الذرية، اسم يجمع نسل الإنسان من ذكر وأنثى. انظر: «تاج العروس» فصل الذال، باب الراء (٣/ ٢٢٤) (ذرّ).

(٦) قوله: (أو عترتي) زيادة في (هـ).
العترة ـ بالكسر ـ: نسل الرجل وأقرباؤه من ولده وغيره. وقيل: عترة الرجل رهطه وعشيرته الأدنون الأقربون. وتظن العامة أنها ولد الرجل خاصة. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٣٨٠) (عتر)، «المصباح المنير» (٢/ ٣٩١) (العِترة).

(٧) النسل: هم الولد، والذرية. يقال نسل الوالد ولده ينسله نسلًا، وتناسلوا: أنسل بعضهم بعضاً، أي ولد بعضهم من بعض. انظر: «تاج العروس» فصل النون، باب اللام (٨/ ١٣٥) (نَسَلَ).

(٨) قوله: (عقبي) سقط من (هـ). =

دَخَلَ (م) الأحفاد ولو قال: «عَلَى المَوالي» وله الأعلى والأسفل؛ فهو فاسد؛ للاحتمال[1]. وقيل: يُوزَّع. وقيل: يختصُّ بالأعلى؛ لعُصُوبتِه).

إذا صحَّ الوقفُ، ترتبت عليه أحكامٌ:

منها: ما ينشأُ من اللفظ المُستعمل في الوقف، ويختلف باختلاف الألفاظ. ومنها: ما يقتضيه المعنى فلا يختلف باختلاف الألفاظ. فالكلامُ في فصلين:

الفصل الأول[2]: في الأحكام اللفظيَّة، نشرح من صورها ما في الكتاب، ونضمُّ إليها[3] ما يتَّفق.

والأصل فيها أنَّ شروط الواقف مرعيَّةٌ[4]، ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف ويناقِضه، وعليه جرت أوقاف الصَّحابة، «وقف عمر رضي الله عنه، وشرط: أن لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، وأن تليَها حفْصَةُ في حياتها، فإذا ماتت فذوو الرأي من أهلها»[5]. و«وقفت فاطمة رضي الله عنها لنساءِ رسول الله ﷺ ولفقراء بني هاشم وبني المُطَّلب»[6].

= العقب ـ بفتح فسكون ـ: الولد وولد الولد من الرجل الباقون بعده. تقول العرب: لا عقب له، أي: لم يبق له ولد ذكر. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الباء (١/ ٣٨٨) (عَقَب).

(١) في (هـ): (للإجمال).

(٢) في (ز)، (هـ): (أحدهما).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: (إليه).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٣/ ١١٧) (٢٨٧٩). قال ابن حجر: «أبو داود بسند صحيح به وأتم منه» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩).

(٦) أخرجه الشافعي في «مسنده» ومن كتاب الرضاع ص٣٠٩. وقال ابن حجر: «الشافعي بسند فيه انقطاع، إلا أنهم من أهل البيت» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩). =

إذا عرفت ذلك، فمما يجب رعايته النَّظر فيما يقتضي الجمع والتَّرتيب: فلو قال: «وقفت على أولادي وأولاد أولادي»، فلا ترتيب، بل يُسوّى بين الكلِّ[(١)]، ولو زاد وقال: «ما تناسلوا» أو «بطناً بعد بطنٍ»، فكذلك، ويُحمل على التعميم. وعن الزياديِّ[(٢)]: أن قوله: «بطناً بعد بطنٍ»، يقتضي التَّرتيب، وبه أجاب بعضُ أصحاب الإمام.

ولو قال: «على أولادي، ثم على أولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي[(٣)] ما تناسلوا» أو «بطناً بعد بطن»، فهو للتَّرتيب، ولا يُصرف إلى البطن الثاني شيءٌ ما بقي من البطن الأول أحد، ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني[(٤)] أحد. هكذا أطلقه الجمهورُ[(٥)].

والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول، أن يجيء في نصيبه الخلاف المذكور فيما إذا وقف على شخصين أوجماعةٍ، ثم على المساكين، فمات واحدٌ، إلى من يُصرف نصيبهُ؟

ولم أرَ له تعرضاً إلّا للشّيخ أبي الفرج السرخسي، فإنه سوَّى بين الصورتين وحكى فيهما وجهين، لكن رواهما على نسقٍ آخر، فقال:

أحد الوجهين: أنّ نصيب الميِّت لصاحبه.

= بنو المطلب: هم ولد المطلب بن عبد مناف، والمطلب هو أكبر من هاشم، وهو الذي عقد الحلف لقريش من النجاشي، وتولى بعد هاشم السقاية والرفادة، وقد أوصى إليه هاشم قبل وفاته، وتحت رعايته وكنفه تربى عبد المطلب جد الرسول ﷺ. انظر: «الطبقات الكبرى» (١/ ٧٥ - ٨٣).

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٢) المقصود به: الأستاذ أبو طاهر.

(٣) من قوله: (ثم على) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) في (ز): (البطن الثاني).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٣).

والثاني: أنّه لأقرب النّاس إلى الواقف. وهذا إشارةٌ إلى ما ذكرنا أنه القياس في تلك الصورة.

ثم رأيت لصاحب «الإفصاح»: أنه يُصرفُ إلى أقرب الناس إلى الواقف. ذَكَرَهُ في كتاب[١] «الشهادات».

ولو قال: «على أولادي، وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى» أو «الأقرب فالأقرب» أو «الأول فالأول»، فقضيته[٢] التَّرتيب أيضاً[٣]. وكذا لو قال: «على أولادي، وأولاد أولادي على أن[٤] يبدأ بالأعلى منهم» أو «على ألا حقَّ لبطن منهم[٥] وهناك مَنْ فوقهم[٦]».

ولو قال: «فمن مات من أولادي فنصيبه لولده»، اتُّبع شرطه ولو قال: «على أولادي، ثم على أولاد أولادي وأولاد أولاد[٧] أولادي»، فقضيته[٨] الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم، والجمع بين من دونهم[٩]. ولو قال: «على أولادي وأولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد[١٠] أولادي»، فقضيته[١١] الجمع أولًا، والترتيب ثانياً.

---

(١) قوله: (كتاب) سقط من (هـ).

(٢) في (ط العلمية): (فيقتضيه).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٣).

(٤) قوله: (على أن) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (منهم) زيادة في (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (مع فوقهم)، وفي (هـ): (من هو فوقهم).

(٧) قوله: (أولاد) سقط من (هـ).

(٨) في (ط العلمية): (فيقتضيه).

(٩) قوله: (والجمع بين من دونهم) سقط من (ي).

(١٠) قوله: (أولاد أولاد) سقط من (هـ).

(١١) في (ط العلمية): (مقتضاه).

ولو قال: «على أولادي، وأولاد أولادي[1]، ومن مات منهم[2]»، فنصيبه لأولاده، فإذا مات واحدٌ كان نصيبه لأولاده خاصَّةً، ويشاركون الباقين فيما عدا نصيب أبيهم.

ومن الصور المذكورة في الكتاب: إذا وقف على الأولاد[3]، هل يدخل فيه أولاد الأولاد؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب[4] ـ: لا[5]؛ لأنه يقع حقيقةً على أولاد الصُّلب، ألا ترى أنه ينتظم أن يقال: ليس[6] هذا ولده، وإنما هو ولد ولده؟

والثاني: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [الأعراف: ٢٧].

وفي «النهاية»[7]: ترتيب الخلاف في أولاد البنات على[8] الخلاف في أولاد البنين، وأولى بعدم الدُّخول؛ لأن انتسابهم إلى آبائهم.

وهذا الخلاف عند الإطلاق.

وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم، كما إذا قال: «وقفت على أولادي، فإذا انقرضوا فلأحفادي الثُّلُثُ، والباقي للفقراء». وكذا[9] لو وقف على الأولاد، ولم

(١) من قوله: (فقضيته) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قوله: (منهم) سقط من (هـ).

(٣) في (ي)، (هـ): (أولاده).

(٤) قوله: (في الكتاب) سقط من (هـ).

(٥) وقطع به أبو إسحاق الشيرازي وصححه البغوي. «المهذب» (١٥/ ٣٤٨)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٦) قوله: (ليس) سقط من (هـ).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٦٦).

(٨) قوله: (الخلاف في أولاد البنات على) سقط من (ز).

(٩) قوله: (كذا) سقط من (ز)، (هـ)

يكن له إلّا أولاد الأولاد[1]، ففي «التتمة» وغيرها: أنّه يحمل[2] اللفظ عليهم؛ صيانةً لكلام المكلَّف عن الإلغاء.

ويجري الخلاف فيما إذا وقف «على أولاده، وأولاد أولاده»، هل يدخل أولاد أولاد الأولاد؟

ويدخل في الوقف على الأولاد: البنون والبنات والخناثى المُشكلون[3]. ولا يدخل الخناثى في الوقف على البنين[4]. وفي دخول بني البنين والبنات الوجهان؛ ويوجَّه دخول بني البنات بقوله ﷺ في الحسن[5] بن عليٍّ رضي الله عنهما: «إن ابني هذا سيِّدٌ»[6].

ومنهم من خصّص الوجهين ببني البنين، وجزم[7] بأن بني البنات لا يدخلون فيه.

ولو وقف على البنات، لم تدخل الخناثي، وفي دخُول بنات الأولاد وجهان.

---

(١) في (هـ): (الأحفاد).

(٢) في (ط العلمية): (يجعل).

(٣) «لأن الكل ولده» «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

والخنثى: هو الذي خُلق له فرج الرجل والمرأة، والخنثى المشكل هو: الذي لم تضح ذكوريته أو أنوثيته، أو هو: الذي له فرج الرجل أو المرأة، ولكن له ثقبة يخرج منها الخارج ولا تشبه واحداً منهما. انظر: «المجموع» (٢/ ٤٧ – ٤٨)، «أنيس الفقهاء» ص١٦٦، «المصباح المنير» كتاب الخاء (١/ ١٨٣) (خنث).

(٤) لأنه لا يُعلم أنه ابن. انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٨)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٥) في (ز)، (هـ): (للحسن).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب الحسن والحسين رضي الله عنهما (٧/ ٩٤) (٣٧٤٦)، وله روايات أخرى بطرق مختلفة.

(٧) في (ز): (شرط).

ولو وقف[١] على البنين والبنات: فأصحُّ الوجهين[٢]: دخُولُ الخُنثى؛ لأنه[٣] لا يخرج عن الصنفين[٤].

والثاني: المنعُ؛ لأنه لا يُعدَّ من هؤلاء، ولا من هؤلاء.

ولو وقف «على بني[٥] تميم[٦]»، وصحّحنا مثل هذا الوقف، ففي دخول نسائهم وجهان[٧]:

أحدهما: المنع، كما لو وقف «على بني زيد».

وأشبههما: الدخول[٨]؛ لأنه يُعبَّر به عن القبيلة.

والمستحقُّون في هذه الألفاظ، لو كان أحدهم حملاً عند الوقف، هل يدخُلُ حتى يُوقف له شيء؟ حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين:

أحدهما: نعم، كما في الميراث، ويستحق الغلَّة لمدة الحمل.

وأصحهما: لا؛ لأنه قبل الانفصال لا يُسمّى ولداً. وهذا ما ذكره في الكتاب[٩].

---

(١) في (هـ): (ولو قال: وقفت).

(٢) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (دخول الخنثى في مثل هذا لأنه).

(٤) في (هـ): (الصفتين).

(٥) قوله: (بني) سقط من (هـ).

(٦) بنو تميم: هم أولاد تميم بن مر بن أد بن طابخة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان، وهم قاعدة من أكبر قواعد العرب. وأولاد تميم هم: الحارث وعمرو وزيد مناة. انظر: «جمهرة أنساب العرب» ص١٠، ١٩٨، ٢٠٦، ٢٠٧، «الأنساب» (١/ ٤٧٩).

(٧) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٣٤٩).

(٨) قوله: (الدخول) سقط من (هـ)

(٩) وقطع به البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٢١).

وأمّا غلّة ما بعد الانفصال فإنه يستحقها. وكذا الأولاد الحادث علوقُهُم بعد الوقف، يستحقُّون إذا انفصلوا. هذا هو المشهور في الكتب[١]، وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي» خلاف[٢].

والمنفيُّ باللعان لا يستحق شيئاً؛ لانقطاع نسبه وخروجه عن أن يكون ولداً.

وعن أبي إسحاق: أنّه يستحق، وأثر اللعان مقصورٌ على الملاعن[٣].

ولو وقف «على أولاده، وأولاد أولاده»: دخل فيه أولاد البنين والبنات[٤]، خلافاً لمالك[٥] وأحمد[٦] في أولاد البنات فإن قال: «على من ينتسبُ إليَّ من أولاد أولادي»، خرج أولاد البنات[٧][٨].

---

(١) من قوله: (وأما غلة) إلى هنا سقط من (هـ).
وقال البغوي: «يُصرف إلى الموجودين والذين حدثوا جميعاً» «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٢) في (ز): (خلافه).

(٣) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٨). وقال البغوي: «وإن استلحقهم بعدما نفاهم، دخلوا في الوقف» «التهذيب» (٤/ ٥٢١).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٨)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

(٥) المذهب عند المالكية: أنه لا يدخل أولاد البنات في قوله: «أولاده وأولاد أولاده»، حيث أضافه لضمير نفسه، لأنه لا يُقال في العرف لولد البنت: «ولد الولد». انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٩٣)، «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٦/ ٤٤).

(٦) المذهب عند الحنابلة: أن أولاد البنات لا يدخلون، لأنهم لم يدخلوا في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ﴾ [النساء: ١١]، ولقول الشاعر:

بنـونا بنـو أبنائنا وبناتُنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي، ولا ينسب إلى أبيها لا شرعاً ولا عرفاً. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٥٩)، «الإنصاف» (٧/ ٧٩)، «المغني» (٦/ ٢٣٠)، «المبدع» (٥/ ٣٣٩).

(٧) «لأنهم لا ينسبون إليه» «المهذب» (١٥/ ٣٤٨).

(٨) من قوله: (فإن قال) إلى هنا سقط من (ي).

وحكى القاضي ابن كجّ وجهاً آخر: أنَّهم يدخلون؛ لما مرَّ من حديث الحسن رضي الله عنه.

ومنها: لو قال: «وقفت على ذرِّيَّتي» أو «عَقبي» أو «نسلي»، دخل فيه أولاد البنين والبنات، قريبُهم وبعيدهم[١].

وعن مالك[٢] وأحمد[٣]: أن أولاد البنات لا يدخلون.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ﴾ [الأنعام: ٨٤]، إلى أن ذكر «عيسى» وليس هو إلّا ولد البنت[٤].

وإذا حدث حملٌ، قال في «التتمة»: يوقف نصيبه؛ لأنه من نسله وعقبه لا محالة.

ومنها: اسم المولى يقع على المُعتِق ويقال له: المولى الأعلى، وعلى المُعتَق[٥] ويقال له: المولى الأسفل. وإذا وقف «على مواليه»، وليس له إلّا أحدهما، فالوقف عليه، وإن وجدا جميعاً ففيه أوجه[٦]:

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢١)، «الحاوي» (٩/ ٣٩٢).

(٢) هذا عند المالكية في المذهب، لأن نسل الرجل وعقبه هم ذريته الذكور، فلا يدخل ولد البنت، لكن لو جرى العرف بدخوله في ذلك دخل، لأن مبنى ألفاظ الواقف على العرف.
ورجح ابن رشد دخول ولد البنت في هذه الألفاظ المذكورة. انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٩٣)، «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٦/ ٤٤)، «الخرشي» (٧/ ٩٦).

(٣) هذا المذهب عند الحنابلة وهو أشهر الروايات عن الإمام أحمد.
وقال بعضهم: إن كانت قرينة دخل ولد البنت. انظر: «الإنصاف» (٧/ ٧٩)، «المبدع» (٥/ ٣٣٩ - ٣٤٠).

(٤) أجاب بعضهم عن هذا الاحتجاج: بأنه لم يكن لعيسى عليه السلام أب يُنتسب إليه فنُسب إلى أمه لعدم أبيه، ولذلك يقال: عيسى بن مريم. «المغني» (٦/ ٢٣١).

(٥) في (ز)، (هـ): (العتيق).

(٦) ذكر ثلاثة منها في «المهذب» (١٥/ ٣٥٥)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٢ - ٥٢٣)، «الحاوي» (٩/ ٣٩٣).

أحدها ـ ويُحكى عن أبي حنيفة[(١)] واختيار ابن القطّان ـ: أنه يصحّ، ويقسم بينهما؛ لتناول الاسم لهما. وذكر في «التنبيه»[(٢)] أنّ هذا أصحُّ.

والثاني: أنه يبطل[(٣)]؛ لما في المصرف من الإبهام والإجمال، وامتناع حمل اللفظ الواحد على المعنيين المختلفين. وهذا أرجح عند صاحب الكتاب.

والثالث: أنّهُ للمعتِق؛ لأنه أنعم عليه بالإعتاق، فهو[(٤)] أحقُّ بالمكافأة.

والرابع ـ حكاه المتولِّي ـ: أنه للمعتَق[(٥)]؛ لاطراد العادة بإحسان السادة إلى العتقاء.

ومن أخواتها أنه[(٦)] لو وقف «على عترته»: فعن ابن الأعرابيِّ[(٧)] وثعلب:

---

(١) «المبسوط» (٢٧/ ١٦٠)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وتكون غلته بين الفريقين نصفين، لأن الاستحقاق بالاسم، وهم في استحقاقه سواء.
وعند محمد: الوصية بمثل ذلك باطلة وكذلك الوقف، للجهل، وعدم إمكان الجمع لاختلاف المقصود في الوصية لكل صنف. انظر: (البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود) «العناية» (١٠/ ٤٨٢) (مع «فتح القدير» وتكملته) (الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ، دار الفكر)، «الاختيار» (٥/ ٨٣).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: («التتمة»)، وما أثبته هو الصواب. انظر: (الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزأبادي) «التنبيه» ص١٣٨ (الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ، عالم الكتب، بيروت).

(٣) في (ي)، (هـ)، (ط العلمية): (يبطل الوقف).

(٤) في (هـ): (وأنه).

(٥) في (ز)، (هـ): (للعتيق).

(٦) قوله: (أنه) سقط من (ي)، (ز).

(٧) ابن الأعرابي: أبو عبد الله، محمد بن زياد الكوفي، من موالي بني هاشم. أحد العالمين باللغة، ولد عام (١٥٠هـ)، وهو ربيب المفضل بن محمد الضبي صاحب «المفضليات»، وأخذ الأدب منه ومن الكسائي وأبي معاوية الضرير وغيرهم، وعنه أخذ ثعلب وابن السكيت وغيرهما. وكان أحول. قال ثعلب: «لم يُر أحد في علم الشعر أغزر منه». له مصنفات كثيرة منها: «النوادر»، «تفسير الأمثال»، «الألفاظ». مات بسامراء سنة (٢٣١هـ). انظر: «وفيات الأعيان» (٤/ ٣٠٦ - ٣٠٨) (٦٣٣)، «معجم الأدباء» (١٨/ ١٨٩ - ١٩٦) (٥١).

أنهم ذرِّيَّته وعن القتيبي[١]: أنهم عشيرته. ففيه وجهان للأصحاب، أظهرهما: الثاني، وقد رُوي ذلك عن زيد بن أرقم رضي الله عنه[٢].

ولو قال: «على عشيرتي»، فهو كما لو قال: «قرابتي». وإذا قال: «على قرابتي» أو «أقرب الناس إليَّ»، فعلى ما سيأتي في الوصيّة[٣] إن شاء الله. وفي «التتمة»: أنه إذا قال: «على[٤] قبيلتي» أو «عشيرتي»، لم يدخل فيه إلا قرابة الأب.

ثم إذا كانوا غير[٥] محصورين في العادة، فقد سبق حكايةُ الخلاف فيه[٦].

والحادثون بعد الوقف، يشاركون الموجودين عند الوقف. وعن البويطيِّ منعهُ[٧].

ويُرعى شرط الواقف في الأقدار وصفات المستحقين وزمان الاستحقاق: فلو

---

(١) القتيبي: عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري، النحوي اللغوي الكاتب، ولي قضاء الدينور. حدث عن إسحاق بن راهوية وأبي حاتم. وعنه ابنه القاضي أحمد وابن درستويه. صنف: «إعراب القرآن»، «معاني القرآن»، «غريب القرآن»، «مشكل القرآن»، «جامع النحو» وغيرها. وُلد سنة (٢١٣هـ)، وتوفي سنة (٢٦٧هـ). انظر: (السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن) «بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة» (٢/ ٦٣ - ٦٤) (١٤٤٤)، (تحقيق: محمد إبراهيم، المكتبة العصرية، بيروت).

(٢) قال ابن حجر: «في «النسائي»: أن زيد بن أرقم قيل له: «من آل محمد؟»، قال: «عترته»» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩).

وأخرج البيهقي عن أبي بكر قوله: «نحن عترة رسول الله ﷺ التي خرج منها، وبيضته التي تفقأت عنه» كتاب الوقف، باب الصدقة في العترة (٦/ ١٦٦).

(٣) انظر ما سيرد (١١/ ٦١٨).

(٤) قوله: (على) سقط من (ي).

(٥) قوله: (غير) سقط من (ز).

(٦) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٠).

وقف على أولاده وشرط التَّسوية، أو تفضيل[١] الذكر على الأنثى كما في الميراث، أو بالعكس اتُّبع شرطه. وكذا لو وقف على العلماء بشرط[٢] أن يكونوا على مذهب كذا، أو على الفقراء بشرط العُزبة[٣] أو الشيخوخة.

ولو قال: «وقفتُ على بنيّ الفقراء» أو «على[٤] بناتي الأرامل»، فمن استغنى منهم، أو تزوَّج[٥] منهن، خرج عن الاستحقاق، فإذا عاد فقيراً، أو طلَّقها زوجها، عاد الاستحقاق.

وفي «الزيادات» للعبَّادي: أنه لو وقف «على أمهات أولاده إلَّا من تتزوّج منهن»، فتزوجت خرجت، ولا يعود الاستحقاق[٦] إذا طُلِّقت.

ويُشبه أن يقال: ليس هذا وجهاً مُخالفاً للأول، ويُفرق بينهما: أمّا من جهة اللفظ، بأنَّ هناك أثبت الاستحقاق لبناته إذا كنَّ أرامل، وإذا طُلِّقت حصلت الصفة، وهاهنا أثبت الاستحقاق لها إلا أن تتزوَّج، وهذه[٧] وإن[٨] طُلِّقت، صدق عليها أنّها تزوَّجت.

---

(١) في (ط العلمية): (وتفضيل)، وفي (هـ): (وشرط تقديم الذكر..).

(٢) قوله: (بشرط) سقط من (ي).

(٣) في (ط العلمية): (الغربة)، وفي (هـ): (العزلة).

والعزبة بالضم، والعَزَب محركة: من لا أهل له. والعزيب: الرجل تعزب عن أهله وماله. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الباء (١/ ٣٧٩) (عَزَب).

(٤) قوله: (على) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) في (ط الفكر)، (ط العلمية): (وتزوّج).

(٦) قوله: (الاستحقاق) سقط من (ي)، (ز)، وفي (ط العلمية): (على الاستحقاق).

(٧) قوله: (وهذه) سقط من (هـ).

(٨) قوله: (وإن) سقط من (ط العلمية).

وأمّا من جهة المعنى، فإن غرض الواقف هاهنا: أن تفيَ له أمهات أولاده ولا يخلفه عليهنّ[١] غيره، فمن تزوّجت منهن لم تكن وافيةً، طُلِّقت أو لم تُطلَّق.

ولو شرط صرف غلَّة السنة الأولى إلى قوم، وغلة السنة الثانية إلى آخرين، وهكذا ما بقوا، اتُّبع شرطه.

ولو قال: «وقفت على أولادي، فإذا انقرض أولادي، وأولاد أولادي، فعلى الفقراء»، فهذا وقفٌ منقطع الوسط؛ لأنّه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئاً، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء.

وفيه وجه: أنهم يستحقُّون بعد انقراض أولاد الصُّلب؛ لأن اشتراط انقراضهم يشعر بإثبات الاستحقاق لهم[٢].

ولو وقف على بنيه الأربعة «على أنّ من مات منهم وله عَقِبٌ فنصيبه لعقبه، ومن مات[٣] ولا عقب له فنصيبه لسائر أرباب الوقف»، ثم مات أحدهم عن ابن وآخر عن ابنين، وثالث ولا عقب له، فيُجعل نصيب الثالث[٤] بين الرابع وابن الأول وابني الثاني بالسَّوية[٥].

ولو قال: «وقفت[٦] على بنيّ الخمسة، وعلى من سيولد لي[٧] على ما أفصِّله[٨]»،

(١) في (ط العلمية): (يختلف عليهن).
(٢) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٣).
(٣) قوله: (ومن مات) سقط من (هـ).
(٤) في (هـ): (ولا عقب له فنصيبه).
(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).
(٦) قوله: (وقفت) سقط من (هـ).
(٧) قوله: (لي) سقط من (هـ).
(٨) في (ط العلمية): (سأفصله).

ثم فصَّل[١] وقال: «ضيعة كذا لابني[٢] فلان، وضيعة[٣] كذا لفلان[٤]»، إلى أن[٥] ذكر الخمسة، ثم قال: «وأمّا من سيولد لي، فنصيبه إن مات من الخمسة ولا عقب له، فيصرف حقه إليه»، فمات واحدٌ ولا عقب له، وولد للواقف ولد، يُصرف إليه نصيبُ من مات ولم يعقب، وليس له أن يطلب شيئاً آخر، لقوله أولاً: «وقفت على بنيَّ، وعلى من سيولد لي[٦]»، فإنّ التفصيل المذكور آخراً بيان لما أجمله أولًا، وقد جرت عادةُ الشّروطيين بمثله.

ولو قال: «وقفت على سكّان موضع كذا»، فغاب بعضُهم سنة، ولم يبع داره، ولا استبدل داراً، لا يبطل[٧] حقه. هكذا ذكره العبَّادي.

ولو وقف[٨] على زيد بشرط «أن يسكن موضع كذا، ثم بعده على الفقراء والمساكين[٩]»، فهذا وقفٌ فيه انقطاع؛ لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه، واستحقاقُهُ مشروط بشرط[١٠] قد يتخلَّف.

والصِّفة والاستثناء عقيب الجُمَلِ المعطوف بعضُها على بعض، يرجعان إلى

---

(١) قوله: (ثم فصَّل) سقط من (ز).
(٢) في (ز): (على ابني).
(٣) في (ي): (وحصته)، وفي (ز): حصة.
(٤) في (ز): (لابني فلان).
(٥) في (هـ): (إلى آخر).
(٦) قوله: (لي) سقط من (ز)، (هـ).
(٧) في (هـ): (يسقط).
(٨) في (هـ): (ولو قال: وقفت).
(٩) قوله: (والمساكين) زيادة في (ز)، (هـ).
(١٠) قوله: (بشرط) سقط من (هـ).

الكل[١]. مثال الصفة: «وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحاويج منهم». ومثال الاستثناء: «وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي[٢] إلا أن يفسق واحدٌ منهم».

هكذا أطلقوه، ورأى الإمام[٣] تقييده بقيدين:

أحدهما: أن يكون العطف بالواو الجامعة، فأما إذا كان العطف بكلمة «ثم»، قال: تختصُّ[٤] الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة.

والثاني: ألاّ يتخلَّل بين الجملتين كلامٌ طويلٌ، فإن تخلَّل كما لو قال: «وقفت على أولادي، على أنّ من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، وإن لم يعقب فنصيبه للذين في[٥] درجته، فإذا انقرضوا فهو مصروف إلى إخوتي إلّا أن يفسق أحدهم[٦]»، فالاستثناء يختص بالإخوة.

والصفة المتقدِّمة على جميع الجُمَل، مثل أن يقول: «وقفتُ على محاويج أولادي، وأولاد أولادي، وإخوتي» كالمتأخرة عن جميعها[٧] حتى يعتبر الحاجة في الكلِّ.

* * *

(١) انظر: «نهاية السول» (٢/ ١٠٦، ١١٢).

(٢) من قوله: (المحاويج) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٦٥-٣٦٦).

(٤) في (هـ): (فلا تختص).

(٥) في (ط العلمية): (من).

(٦) في (هـ): (واحد منهم).

(٧) في (هـ): (عنها).

قال:

(الفصل الثاني: في الأحكام المعنويّة

وحكمُ الوقف: اللُّزومُ (ح) في الحال، وإن لم يُضَفْ إلى ما بعدَ الموت، وتأثيرُه: إزالةُ المِلكِ وحَبسُ التصرُّفِ عن[1] الموقوف. ثم إن كان مسجداً فهو فكٌّ عن[2] المِلكِ كالتحريرِ.

ولو وقفَ على مُعيَّن: فهو مِلكٌ (و) للموقوفِ عليه. ولو وقفَ على جهةٍ عامّة فالمِلكُ مُضافٌ إلى الله تعالى. وقيل: بإطلاقِ ثلاثةِ أقوال؛ أحدُها: أنه للواقفِ (ح) ولم يَزُلْ مِلكُه؛ بدليلِ اتِّباع شرطِه. والثاني: أنه لله تعالى؛ إذ لا تصرُّفَ لأحدٍ فيه. والثالث: أنه للموقوفِ عليه (ح م)؛ فإنه المُتصرِّفُ بالانتفاع).

الفصل الثاني في[3] الأحكام المعنوية:

منها: اللزوم في الحال[4]، سواءٌ أضافه إلى ما بعد الموت أو لم يُضِفْهُ، وسواءٌ سلَّمه أو لم يسلِّمه[5]، وسواءٌ قضى به قاضٍ أو لم يَقْضِ[6].

---

(١) في (ط العلمية): (على).

(٢) في (ط العلمية): (من).

(٣) قوله: (الفصل الثاني في) زيادة في (ز)، (هـ).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٥) قوله: (وسواءٌ سلَّمه أو لم يسلمه) سقط من (هـ).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٦).

وعن أبي حنيفة[1] رضي الله عنه: أنّ الوقف كالعارية، يرجع عنه متى شاء إلاّ أن يُوصي[2] به فيلزم بعد الموت، أو يقضي به قاضٍ فيلزم.

وعن أحمد[3] روايةٌ: أنّه لا يلزم إلاّ بالتّسليم.

وإذا لزم، امتنعت التصرُّفات القادحة في غرضِ[4] الوقف[5]، وشرطِ الواقف على الواقف وعلى غيره. وأمّا رقبة الوقف، فالنصُّ هاهنا: أنّ مِلك الواقف يزُولُ عنها[6]، وأن الموقوف عليه لا يَمْلِكُها، وإنما يملك المنفعة.

وذكر في الشهادات[7]: أنّ مدَّعي الوقف، إذا أقام شاهداً واحداً، حلف معه، وهذا يدلُّ على أنه يملك الوقف، فللأصحاب في المسألة طُرُقٌ، اختصارها أن في طرق الواقف قولين:

---

(١) كما تقدم عن أبي حنيفة: أن الوقف حال الحياة هو نذر بالتصرف، وتكون رقبة الموقوف على ملك الواقف، فيجوز له بيعه والتصرف فيه، وإذا مات يصير ميراثاً. فإن أوصى بالوقف بعد وفاته يجوز، لكن ينظر إن خرج من الثلث يجوز في الكل، وإلا فيجوز الوقف فيه بقدر الثلث. ولو قضى بالوقف قاضٍ، صار لازماً لا يجوز نقضه بحال، لأن قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه على أحد الوجهين برأيه وهو من أهل الاجتهاد ينفذ. انظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٧٦ - ٣٧٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٨)، «الحجة» (٣/ ٤٦، ٥٦ - ٥٧).

(٢) في (ط العلمية): (يوحي).

(٣) «الكافي» (٢/ ٤٥٥)، «المحرر» (١/ ٣٧٠)، «الإنصاف» (٧/ ٣٦).

(٤) في (ط العلمية): (عوض).

(٥) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤٠).

(٦) قال الشافعي: «دل ذلك على إخراجه الأصل من مكة إلى أن يكون محبوساً، لا يملك من سبّل عليه ثمره بيع أصله ...، كما يملك المحبس عليه منفعة المال لا رقبته». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٣).

(٧) انظر ما سيرد (٢١/ ٧١١).

أصحهما ـ وهو المنصوص ـ: أن ملكه[١] يزول[٢]؛ لأنه تصرفٌ يقطع تصرفه في الرقبة واستحقاقه المنفعة، فأشبه العتق والصّدقة.

والثاني ـ وبه قال مالك[٣] ـ: أنه لا يزول مِلكُهُ؛ لأن شرطه مُتَّبَعٌ، ولو زال لما اتبع، ويُحكى هذا عن اختيار القاضي الحسين.

وأن ابن سريج خرَّجه من نصّ الشافعي رضي الله عنه في الوقف المنقطع، أنّه يُصرفُ إلى أقرب الناس إلى الواقف ونظائره.

وإذا قلنا بالأول، فإلى من ينتقل؟

أظهر الطُّرق[٤] أنّه على قولين، **وأصحهما** ـ وبه قال أبو حنيفة[٥] رضي الله عنه: أنه ينتقل إلى الله تعالى، كالعتق. ومعناه أنّه ينفك عن اختصاصات الآدميين.

والثاني ـ وبه قال أحمد[٦] ـ: أنّه ينتقل إلى الموقوف عليه كالصّدقة، وهذا مخرَّجٌ مأخوذ من النصّ المذكور في الشهادات[٧].

والطريقة الثانية: القطع بالأول، وثبوته بالشاهد واليمين؛ لأن المقصود منه إظهار استحقاق المنفعة، لا لأن الرقبة ملك له[٨].

---

(١) قوله: (ملكه) سقط من (هـ)، وفي (ط العلمية): (أنه ملكه).

(٢) كذا صححه في «الحاوي» (٩/ ٣٧٢)، و«المهذب» (١٥/ ٣٤٠)، و«التهذيب» (٤/ ٥١٦).

(٣) «الشرح الكبير» (٤/ ٩٥)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٤٥ - ٤٦).
ما عدا المساجد، فإن ملك الواقف يرتفع عنها. وقيل: لا يرتفع.

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤١)، «الحاوي» (٩/ ٣٧٣ - ٣٧٤).

(٥) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٠ - ٢٢١)، «الحجة» (٣/ ٦٥).

(٦) عند الحنابلة: ينتقل الملك إلى الموقوف عليه فيلزمه زكاة ماشيته وأرش جنايته. انظر: «المحرر» (١/ ٣٧٠)، «الكافي» (٢/ ٤٥٥)، «الإنصاف» (٧/ ٣٨).

(٧) انظر ما سيرد (٢١/ ٧١١-٧١٢).

(٨) قوله: (لا لأن الرقبة ملك له) سقط من (هـ).

والثالثة ـ عن رواية القاضي أبي الطيب ـ: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره هاهنا على أنه لا يملك البيع ونحوه من التصرُّفات.

هذا كله فيما إذا وقف على شخص معيَّن أو جهةٍ عامّةٍ. وأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة، فهو فكٌّ عن المِلك، كتحرير الرقبة، فينقطع عنها اختصاصات الآدميِّين، وليس ذلك موضع الخلاف.

وقوله في الكتاب: (وإن كان على[1] معيّن) إلى آخر الأقوال الثلاثة، يخرَّج منه طريقتان:

إحداهما: أنه إذا[2] وقف على معيَّن، فهو مِلك الموقوف[3] عليه بلا خلاف، وإن وقف على جهةٍ عامّةٍ، فالملك لله تعالى، بلا خلاف.

والثانية: أن في الحالتين الأقوال الثلاثة، ثم إنه اختار الطريقة الأولى واستبعد نقل الملك إلى الله تعالى في الموقوف[4] على المعين؛ لأنه ليس من القربات، ونقل الملك إلى الموقوف عليه[5] في الجهات العامّة؛ لأن الوقف قد يكون على الرِّباطات والقناطر وما[6] لا يُنسب إليه ملك. هكذا وجّهه في «الوسيط»[7].

واعلم أن عامّة الأصحاب ساكتون عن الطريقة الأولى، وعن الفرق بين

---

(١) قوله: (على) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (إذا) سقط من (هـ)، وفي (ز): (إن).

(٣) في (هـ): (للموقوف).

(٤) في (ز)، (هـ): (الوقف).

(٥) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (ما) سقط من (ز).

(٧) «الوسيط» (٤/ ٢٥٦).

أن يقف[١] على معيّن أو على[٢] جهةٍ عامّةٍ والأظهر عندهم من الأقوال: إضافةُ المِلك إلى الله تعالى. ولهم أن يقولوا في الجواب: أمّا أنّ الوقف على المعيّن، ليس من القربات ففيه كلامٌ. وعلى التّسليم، فليس المعنى بكون المِلك لله تعالى، سوى انفكاك المحلّ عن ملك الآدميين واختصاصهم، وذلك لا يتوقّف على القُربة وقصدها، ألا ترى أنّ الكافر إذا أعتق، صار العتق لله تعالى وإن لم يكن منه قربة.

وأمّا الثاني: فقد قدَّمنا أن المسجد والرِّباط قد يكون لهما مِلكٌ، كما يكون عليهما وقفٌ.

وقوله في الكتاب[٣]: (وقيل بإطلاق ثلاثة أقوال)، لا يتعلّق بقوله: (ثم إن كان مسجداً)، بل الغرض منه الإشارة إلى حالتي الوقف[٤] على المعيّن، وعلى الجهة العامّة.

وقوله في أول الفصل: (وتأثيره إزالة المِلك)، الأشبه: أن تعود الكناية إلى اللزوم، يعني أنّ تأثير اللزوم: إزالة المِلك.

ثم إن كان المراد[٥] منه ملك الرقبة، ففيه الخلاف المذكور من بعد[٦]. وإن كان المراد[٧]: ملك التصرُّف والمنفعة، فهو قريبٌ من قوله بعده: (وحبس التصرُّف على الموقوف).

---

(١) في (ط العلمية): (يوقف).

(٢) قوله: (على) سقط من (ي)، (ز).

(٣) قوله: (في الكتاب) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (هـ): (الواقف).

(٥) قوله: (المراد) سقط من (هـ).

(٦) في (ي)، (ز): (بعيد).

(٧) في (هـ): (المراد منه).

ويجوز أن يفسر قوله: (وحبس التصرف على الموقوف)، بقصر التصرُّف على ما يلائم غرض الوقف، وينفع الموقوف عليه.

قال:

(ويَملِكُ الموقوفُ عليه الغَلّةَ والثمرة، والصُّوفَ والوَبَرَ مِن الحيوان، وبَدَلَ منفعةِ البُضْع والبَدَن، وإن لم يملك[1] الوَطءَ للشُّبهة. وهل يَملِكُ نَتاجَه؟ فيه خلاف؛ لأنه مُتردِّدٌ بينَ ولدِ الأُضحيّةِ وهو أضحيّةٌ[2]، وبيَن لبنِ[3] الحيوانِ الموقوف).

قاعدة الفصل: أن فوائد الموقوف[4] ومنافعه للموقوف عليه يتصرَّف فيها تصرُّفَ المُلَّاك في الأملاك، فإنّ الوقف لذلك ينشأُ.

وتفصيلها[5]: أنّ الوقف إن كان شجرة، ملك الموقوف عليه ثمارها[6]، ولا يملك أغصانها، إلا فيما يعتاد قطعه كشجرة الخلاف فأغصانها كثمار غيرها.

وإن كان الوقف[7] بهيمةً[8]، مَلَكَ الصوفَ والوبر واللَّبن[9]، وفي النتاج وجهان[10]:

---

(١) في (ط العلمية): (وإن لم يكن له).

(٢) في (ز)، (ط العلمية): (الضحية وهو ضحية).

(٣) قوله: (لبن) سقط من (هـ).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (الوقف).

(٥) في (ط العلمية): (ويفصلها).

(٦) «وتجب عليه زكاتها» «المهذب» (١٥/ ٣٤١).

(٧) في (هـ): (الموقوف).

(٨) في (ز): (حيواناً).

(٩) «لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة» «المهذب» (١٥/ ٣٤١).

(١٠) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤١)، «التهذيب» (٤/ ٥١٨)، «الوسيط» (٤/ ٢٥٦ - ٢٥٧).

أظهرهما: أنَّه يملكه أيضاً، كاللبن والثمرة.

والثاني: لا، بل يكون وقفاً، تبعاً للأمِّ، كما أنّ ولد الأضحيَّة يكون أضحيّة.

وبالأول قطع أبو الفرج السرخسي في النّعم، وقال: إنّ المطلوب منها الدّر[١] والنَّسل. والوجهان في ولد الفَرَس والحِمار.

وحكى فيه وجهاً ثالثاً ضعيفاً: أنه لا حقَّ فيه للموقوف عليه، بل يُصرفُ إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلّا إذا صرَّح بخلافه.

وهذا الخلافُ في النَّتاج الحادث بعد الوقف. فإن وقف البهيمةَ وهي حاملٌ، وقلنا: إنّ الحادث بعد الوقف وقف، فهاهنا أولى، وإلّا فوجهان بناء على أنَّ الحمل، هل له حُكمٌ؟

وما ذكرناه في الدَّر والنسل مفروضٌ فيما إذا أطلق، أو شرطهما للموقوف عليه[٢]. أمّا إذا وقفَ الدَّابَّة على ركوب إنسان، ولم يشترط له الدّر والنّسل: قيل: حكم الدّر والنسل، حكم وقف منقطع الآخر. وقال صاحب «التهذيب»[٣]: ينبغي أن يكون للواقف، وهذا أوجه؛ لأنَّ الدّر والنسل لا مصرف لهما أولاً ولا آخراً، بل هما غير داخلين في الوقف.

ونظير المسألة في أنّ الوقف لبعض المنافع والفوائد خاصَّةٌ، هل يجوز؟

---

(١) في (هـ): (الولد).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

تنبيه: المحققان لكتاب «التهذيب»، أثبتا العبارة التي أسقطت الكلمة المطلوبة لإفادة المعنى المذكور. حيث أثبتا بعد المسألة المذكورة: «قال الشيخ رحمه الله: ينبغي [أن يكون القيم في الوقف] هو الواقف»، والصواب: (ينبغي أن يكون للواقف). وقوله [والقيم في الوقف] هي مسألة جديدة.

ولجوازه شواهد نذكرها على الأثر. وأيضاً: فقد ذكروا أنه لو وقف ثوراً للإنزاء، جاز، ولا يجوز استعماله في الحراثة[١].

ولا يجوز ذبح البهيمة الموقوفة المأكولة[٢] وإن خرجت عن الانتفاع، كما لا يجوز إعتاق العبد. لكن إذا صارت بحيث يقطع بموتها، هل تذبح[٣]؟ قال في «التتمة»: يجوز ذبحها للضرورة، ويباع اللَّحمُ في أحد الطريقين، ويشترى بثمنه بهيمةٌ من جنسها وتُوقف.

وفي الثاني: إن قلنا: إن المِلك في الوقف لله تعالى، فعل[٤] الحاكم ما يرى فيه المصلحة. وإن قلنا: للواقف أو للموقوف عليه، صُرف إليهما.

وإذا ماتت البهيمة الموقوفة، فالموقوف عليه أولى بجلدها. وإذا دبغه، ففي عودِهِ وقفاً وجهان، قال في «التتمة»: الظاهر العود.

والمنافع المستحقَّة للموقوف عليه[٥]: يجوز أن يستوفيها بنفسه، ويجوز أن يقيم[٦] غيره مقامَه بإعارة منه أو بإجارة، وتصرف الأجرة إليه.

هذا إذا كان الوقف مطلقاً. أما إذا قال: «وقفتُ داري، ليسكنها من يُعلِّم الصبيان في هذه القرية»، فللمعلم أن يسكنها، وليس له أن يُسكن غيره بأجرةٍ ولا بغير أجرة.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٢) قوله: (المأكولة) سقط من (هـ)

(٣) (هل تذبح): في (هـ)، وفي غيرها: (لو لم تذبح).

(٤) في (هـ)، (ط العلمية): (فعلى).

(٥) من قوله: (صُرف إليهما) إلى هنا سقط في (هـ).

(٦) في (ز)، (هـ): (يقام).

ولو قال: «وقفت داري على أن تستغل، وتُصرف غلَّتُها إلى فلان»، تعيَّن الاستغلال[١]، ولم يجز له[٢] أن يسكنها.

كذا ذُكرت الصورتان فيما جُمع من «فتاوى القفال» وغيره، وفيهما تخصيص بعض المنافع والفوائد بالوقف.

وفي الوقف المطلق، لو قال الموقوف عليه: «أسكنُ الدار»، فقال القيِّم: «أكريها، لأصرف الغلَّة إلى مرمتها»، فله أن يكري.

ومتى وجب المهر بوطء الجارية الموقوفة، فهو للموقوف عليه[٣]، كاللبن والثمرة؛ لأنه من الفوائد، وهو المراد بقوله: (وبدل منفعة البُضْع). وبدل منفعة البدن: هو الأجرة، وقد بيّنّاها[٤].

وأما قوله[٥]: (وإن لم يملك الوطء للشبهة)، فاعلم أنّ وطء الجارية الموقوفة، كما لا يجوز للأجنبيِّ، لا يجوز للواقف، ولا للموقوف عليه[٦].

أما إذا لم نثبت الملك لهما، فظاهر. وأما إذا أثبتناه؛ فلأنه مِلكٌ ناقص لم يحدث نقصانه بوطء سابق، فلا يفيد حِلَّ الوطء. ويخرَّج بالقيد المذكور: وطء أمِّ الولد.

ولا يلزم وطءُ العبد الجارية التي ملّكه السّيد إيّاها[٧]، حيث يجوز على رأيٍ

---

(١) في (هـ): (الاشتغال)، وفي (ي): (الاستغلال به)

(٢) قوله: (له) سقط من (ز).

(٣) «لأنه بدل منفعتها» «المهذب» (١٥/ ٣٤١).

(٤) في (هـ): (قدمناها).

(٥) قوله: (وأما قوله) سقط من (هـ).

(٦) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٤١)، «التهذيب» (٤/ ٥١٩).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (ملكها السيد إياه).

تفريعاً على القديم؛ لأن المِلك ثمَّ غير ناقص، وإنما الناقص المالك، فهي كجارية المجنون يطؤها ولا يتصرَّف فيها؛ لنقصانه. فإن وُطئت الموقوفة، لم تَخْلُ عن أحوال:

أحدها: أن يطأها أجنبيٌّ[(١)]، فإن لم يكن هناك شبهةٌ فعليه الحدُّ، والولد رقيق، ثم هو وقفٌ أو ملكٌ مطلق[(٢)]؟ على وجهين، كما في نتاج البهيمة.

ويجب المهر إن كانت مكرهةً. وإن كانت مطاوعةً عالمةً بالحال ففيه خلافٌ، وقد[(٣)] سبق في موضعه.

وإن كان هناك شبهةٌ فلا حدَّ، ويجب المهر، والولد حرٌّ، وعليه قيمته. ويكون مِلكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً، وإلا فيُشتَرى بها عبدٌ ويوقف.

الثانية: أن يطأها الموقوف عليه[(٤)]: فإن لم تكن شبهة: فقد قيل[(٥)]: لا حدَّ عليه؛ لشبهة الملك. وهذا ما أورده صاحب «الشامل». والأصحُّ: أنه يُبنى على أقوال المِلك: إن جعلناه له فلا حدَّ، وإلا فعليه الحدُّ.

ولا عِبرة بمِلك المنفعة، كما لو وطىء الموصى له بالمنفعة الجارية. والولد ملكٌ، أو وقفٌ؟ فيه الوجهان. وإن وطىء بشبهة، فلا حدَّ، والولد حرٌّ. ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة، وإن جعلناه وقفاً، فيشتري به عبداً آخر[(٦)] ويوقف. وتصير الجارية أمّ ولد له إن قلنا: إنّ المِلك للموقوف عليه، فتعتق بموته، وتؤخذ قيمتها من تركته.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٩).

(٢) في (ط العلمية): (ملك مطلق)، وفي (هـ): (أم طلق).

(٣) قوله: (وقد) سقط من (ز).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٩)، «المهذب» (١٥/ ٣٤١).

(٥) قوله: (فقد قيل) سقط من (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (عبداً حراً).

ثم هي لمن ينتقل الوقف[١] إليه بعده: ملكاً، أو يشتري بها جارية وتُوقف؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل.

ولا مهر على الموقوف عليه بحال؛ لأنه لو وجب لوجب له.

الثالثة: أن يطأها الواقف[٢]: فإن لم يكن الوطء بشبهة، تفرع على الخلاف في المِلك: إن لم نجعل المِلك له، فعليه الحدُّ، والولد رقيق. وفي كونه ملكاً أو وقفاً، الوجهان. ولا تكون الجارية أم ولد له. وإن جعلنا الملك له، فلا حد. وفي نفوذ الاستيلاء إن استولدها، الخلاف في استيلاد[٣] الراهن[٤]؛ لتعلق حق الموقوف عليه[٥] بها، وهذا أولى بالمنع.

وإن وطىء بشبهة، فلا حد، والولد حرٌّ نسيبٌ، وعليه قيمته. وفيما يفعل بها الوجهان. وتصير أمّ ولد له[٦] إن ملّكناه، تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته، وفيما يفعل بها الخلاف.

قال:

(والظاهر (و): أنهُ يُمكِنُ تزويجُها. ثم يتولّى التَّزويجَ مَن نقولُ: إنّ المِلكَ فيها له؛ فإن قلنا: للموقوفِ عليه؛ فلا يستشيرُ أحداً. وإن قلنا: لله تعالى؛ فالسُّلطانُ يستشيرُ الموقوفَ عليه (و)).

---

(١) قوله: (الوقف) سقط من (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٩).

(٣) قوله: (استيلاد) سقط من (ز).

(٤) انظر ما سلف (٧/ ٣٧).

(٥) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (له) سقط من (ز).

في تزويج الجاريةِ الموقوفة وجهان[١]:

أحدهما: المنع؛ لما فيه نُقصان قيمتها ومنفعتها، ولأنها إذا حَبَلَتْ، ضعُفت عن العمل، وربّما ماتت في الطَّلق، فيتضرّر به أرباب الوقف.

وأظهرهما: الجوازُ؛ تحصيناً لها. وأيضاً: فإن النّكاح عقدٌ على المنفعة، فلا يمتنع[٢] بالوقف، كالإجارة. وعلى هذا، فإن جعلنا المِلك للموقوف عليه، فهو الذي يلي تزويجها[٣]، ولا يحتاج إلى استشارة أحد.

وإن قلنا: لله تعالى، فيزوجها السلطان[٤]، ويستشير الموقوف عليه؛ لأنّ الحقّ في منافعها له. وكذا إن قلنا: إنّه للواقف، يزوجها[٥] بإذن الموقوف عليه. هذا جواب المعظم.

وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط»[٦] وغيره وجهين في أنّ السلطان هل يستشير الموقوف عليه؟ وفي[٧] أنه هل يستشير الواقف أيضاً؟

ويلزم مثلُهُ في استشارة الواقف إذا زوَّج الموقوف عليه، والمهر للموقوف عليه بكل حال. وولدها من الزَّوج للموقوف عليه، مِلكاً أو وقفاً، على الخلاف الذي سبق.

فرع:

ليس للموقوف عليه أن يتزوّج بها إن قلنا: إنها مِلكُهُ، وإلّا فقد قيل بجوازه، والظاهر: المنع؛ احتياطاً. وعلى هذا، فلو وقفت عليه زوجته، انفسخ النكاح.

---

(١) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٣٤١)، و«التهذيب» (٤/ ٥١٨).

(٢) في (ط العلمية): (يمنع).

(٣) في (ز): (الذي يزوج)، وفي (هـ): (الذي يزوجها).

(٤) في (ط العلمية): (فيزوّجها له السلطان).

(٥) في (ط العلمية): (تزوّجها).

(٦) «الوسيط» (٤/ ٢٥٧).

(٧) قوله: (وفي) سقط من (ط العلمية).

قال:

(وتَوليةُ أمرِ الوقف: إلى مَن شرطَ له الواقف. فإن سَكَت: فهو إليه أيضاً؛ لأنه لم يَصرِفْه عن نفسِه. وقيل: يُبنى على الأقوالِ في المِلك[1]؛ فهو للمالك.

ثم يُشترَطُ في المتولّي الأمانةُ (و) والكِفاية. ويتولّى العِمارةَ والإجارةَ وتحصيلَ الرَّيعِ وصَرْفَه إلى المُستحِقّ، ويأخذُ أجرتَه إن شُرِطَت له).

حقُّ التولية في الأصلِ للواقف[2]؛ لأنه المتقرِّب بصدقتِهِ، فهو أحقُّ من يقوم بإمضائها وصرفها إلى مصارفها، وقد ثبت «أنّ عمر رضي الله عنه كان يلي أمر صدقَتِهِ، ثم جَعَلَهُ إلى حفصةَ، وبعدها إلى ذوي الرأي من أهلها»[3].

فإن شرطها الواقف لنفسه أو لغيره، اتُّبِعَ شرطُه[4]. وأشار في «النهاية»[5] إلى خلافٍ فيما إذا كان الوقف على معيّن، وشرط التولية للأجنبيِّ، هل يتبع شرطه؟ إذا فرَّعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه. والمشهور: الأول، فلا فرق بين أن يفوض في الحياة، وبين أن يوصي[6] فكلٌّ منهما معمولٌ به.

---

(١) في (ز)، (هـ): (أقوال الملك).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٣) أخرجه أبو داود مطولًا، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٣/ ١١٧) (٢٨٧٩). والبيهقي، كتاب الوقف، باب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تُقبض (٦/ ١٦١). قال ابن حجر: «سنده صحيح» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٦٠).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٦٨).

(٦) في (ط العلمية): (أن يوصي في الممات).

وإن وقف ولم يشترط التولية لأحد: فمنهم من أطلق فيه ثلاثة أوجُهٍ[١]:

أحدها: أنها للواقف؛ لأن النَّظر والتصرُّف كان إليه، فإذا لم يَصرفه عن نفسه، بقي على ما كان.

والثاني: للموقوف عليه؛ لأن النّفع والفائدة له.

والثالث: للحاكم؛ لأنّهُ يتعلّق به حقُّ الموقوف عليه ومَن بعده، فصاحب النَّظر العامِّ أولى بالنّظر فيه[٢].

ومنهم من بنى الأمر فيه على الخلاف في مِلك الرقبة، إن قلنا: للواقف، فالتوليةُ له، وقيل: للحاكم؛ لتعلُّق حق الغير به. وإن قلنا: لله تعالى، فهي للحاكم، وقيل: للواقف، إذا كان الوقف على جهة عامّة؛ فإن قيامه بأمر الوقف من تتمَّة القُربة، وقيل: للموقوف عليه، إذا كان الوقف على معيَّن؛ لأن الرَّيع والمنفعة له. وإن قلنا: إنّ[٣] المِلك للموقوف عليه، فالتولية له. وذكر كثيرون: أنّ التولية في صورة السُّكوت للواقف، من غير حكاية خلاف، ولا بناء على خلاف.

فهذه ثلاث طرق، ونظمُ الكتاب يقتضي ترجيح الثالثة.

لكن الذي يقتضي كلام المُعظم الفتوى به، أن يقال: إن كان الوقف على جهةٍ عامّةٍ، فالتوليةُ للحاكم، كما في الوقف على المسجد والرِّباط. وإن كان الوقفُ على شخصٍ معيَّنٍ، فكذلك إن جعلنا المِلك لله تعالى.

وإن جعلناه للواقف أو الموقوف عليه، فالتولية كذلك.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩٧)، «المهذب» (١٥/ ٣٦١).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (منه).

(٣) قوله: (إنّ) سقط من (ز)، (هـ).

ثم النظر في أمور:

أحدها: لا بدَّ من صلاحية المتولِّي لشغل التولية، والصلاحية تثبُت بصفتين[١]: إحداهما: الأمانة. والأخرى: كفاية[٢] التصرُّف. واعتبارُهُما كاعتبارِهِما في الوصيِّ والقيِّم.

ولا فرق في اعتبارِهِما بين المنصوب للتَّولية، وبين الواقف إذا قلنا: هو المتولي عند الإطلاق في الوقف[٣]. ولا بين الوقف على الجهات العامّة، والأشخاص المعيَّنين.

وفيه وجهٌ: أنه لا يُشترط العدالة إذا كان الوقف على معيَّنين ولا طِفلَ فيهم؛ فإن خان حملوه على السَّداد. والمذهب الأول، حتى لو فوض إلى موصوف[٤] بالصفتين معاً، ثم اختلتا[٥] أو إحداهما، نزع الحاكم الوقف منه.

والثاني: وظيفة المتولِّي[٦]: العمارة والإجارة وتحصيل الرِّيع وقسمته على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط. هذا عند الإطلاق[٧].

ويجوز أن ينصب الواقف متولِّياً في بعض الأمور دون بعض، كما إذا جعل إلى واحد العمارة وتحصيل الرِّيع، وإلى آخر حفظ الرِّيع وقسمته[٨] على الأرباب، أو شرط[٩] لواحد الحفظ واليد ولآخر التَّصرُّف.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٨).

(٢) في (ط العلمية): (كفاءة).

(٣) في (ز)، (هـ): (إطلاق الوقت).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (الموصوف).

(٥) في (ط العلمية): (اختلعا)، وفي (هـ): (أجملتا).

(٦) قوله: (المتولي) سقط من (ز).

(٧) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٨).

(٨) في (ز)، (هـ): (حفظها وقسمتها)، وفي (ط العلمية): (حفظ الريع وقسمتها).

(٩) في (ط العلمية): (يشرط).

ولو فوَّض إلى اثنين، لم يستقلَّ أحدهما بالتصرُّف. ولو قال: «وقفتُ على أولادي، على أن يكون النَّظر لعدلين منهم»، فلم يكن فيهم إلا عدلٌ واحد، ضَمَّ الحاكمُ إليه عدلاً آخر[١].

وليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف[٢] شيئاً على أن يضمنه، ولو فَعَلَ ضَمِنْ. ولا يجوز له ضم الضمان إلى مال الوقف. وإقراض[٣] مال الوقف: حُكْمُه حُكْمُ إقراض[٤] مال الصبيِّ.

والثالث: لو شرط الواقف للمتوليِّ شيئاً من الرِّيع، جاز، وكان ذلك أجرة عمله[٥]. ولو[٦] لم يذكر شيئاً، ففي استحقاقه أجرة عمله الخلاف المذكور فيما إذا استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرةً.

ولو شرط للمتولِّي «عُشْر الرِّيع أجرةً لعمله»، ثم عزله، بطل استحقاقه.

وإن لم يتعرّض لكونه «أجرةً»[٧]: ففي «فتاوى القفال»: أن استحقاقه لا يَبْطُلُ؛ لأن العُشرَ وقفٌ عليه، فهو كأحد الموقوف عليهم.

ويجوز أن يقال: إذا أثبتنا الأجرة بمجرّد التفويض أخذاً من العادة، فالعادة تقضي بأن المشروط للمتولي أجرة عمله وإن لم يصفه بكونه أجرة، ويلزم من ذلك بُطلانُ[٨] الاستحقاق بالعزل.

---

(١) لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد. انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٦١)، «الحاوي» (٩/ ٣٩٨).

(٢) في (ط العلمية): (الواقف).

(٣) في (ي): (واقتراض).

(٤) في (ي): (اقتراض).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٨).

(٦) قوله: (لو) سقط من (ط العلمية).

(٧) من قوله: (ثم عزله) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) من قوله: (بأن المشروط) إلى هنا سقط من (هـ).

الرابع: للواقف أن يعزل من ولّاه وينصِب غيره كما يعزلُ الوكيل ويُنصَبُ غيره، وكأن المتولي نائب عنه. هذا هو الظاهر، وبه قال الإصطخري وأبو الطيب بن سلمة.

وفيه وجه: أنه ليس له العزل؛ لأن ملكه قد زال فلا تبقى ولايته عليه.

وقبول المتولِّي يشبه أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل، أو في[1] قبول الموقوف عليه. ويُشبه أن تكون المسألة مصوَّرةٌ في التولية بعد تمام الوقف، دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفُلانٍ؛ لأن في «فتاوى» صاحب «التهذيب»: أنه لو وقف مدرسةً على أصحاب الشافعي رضي الله عنه، ثم قال لعالم: «فوَّضتُ إليك تدريسها» أو «اذهب[2] ودرّس فيها»، كان[3] له تبديله بغيره.

ولو وقف بشرط «أن يكون هو مدرِّسها»، أو قال حالة[4] الوقف: «فوَّضتُ تدريسها إلى فلان»، فهو لازمٌ لا يجوز تبديله، كما لو وقف «على أولاده الفقراء»، لا يجوز التبديل بالأغنياء.

وهذا حسن في صيغة الشرط[5]، وغير متَّضِحٍ في قوله: «وقفتها، وفوّضتُ التدريس فيها[6] إليه». والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (فإن سكَت فهو إليه أيضاً)، الكناية في قوله: (إليه)، ترجع إلى الواقف، لا إلى من شرط له الواقف؛ لأنه لا شرط في صورة السُّكوت.

---

(١) قوله: (في) سقط من (ز).

(٢) في (ط العلمية): (أو ذهب).

(٣) في (ط العلمية): (كأن).

(٤) في (ط العلمية): (أو قال في حالة).

(٥) في (ي): (الشروط).

(٦) قوله: (فيها) زيادة في (ط العلمية).

لكن قوله: (أيضاً[(١)])، إنما يحسن إذا كان مَنْ إليه التوليةُ في الصورتين واحداً، إلاَّ أن يقال: المشروط له[(٢)] نائبٌ عن الواقف، فالحقّ[(٣)] في الحالتين للواقف. وقوله: (ويأخذ أجرته إن شُرِطَت له)، ظاهره يوافق القول بأنه لا أجرة له عند عدم الاشتراط، وفيه الخلاف الذي قدَّمناه.

فرع:

في «فتاوى» صاحب «التهذيب»[(٤)]: أنّه لا يُبدَّلُ بعد موت الواقف، القيم الذي نصبه؛ كأنه يُجعل بعد موته بمثابة الوصيِّ.

* * *

(١) قوله: (أيضاً) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (بالحق).

(٤) قال البغوي: «فإن مات وقد نصب قيماً، فقيمه أولى بالقيام عليه» «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

قال:

(وإن كانَ الوقفُ عبداً فنَفَقتُه مِن حيثُ شرَط[١]، فإن لم يُشَرط[٢] فمِن[٣] كَسْبِه. فإن بَطَلَ كسبُه فعلى[٤] مالكِه، ويُخرَّجُ على أقوالِ الملك. ولو اندرَسَ شرطُ الوقفِ فيُقسَمُ[٥] على الأربابِ بالسَّويّة. فإن لم يُعرَف الأربابُ فهو كوقفٍ مُنقطِع الآخِرِ في المَصْرِف[٦]. ولو آجَرَ المتوليّ الوقفَ على وَفقِ الغِبْطةِ في الحال، فظهرَ طالبٌ بالزِّيادة؛ لم يُفْسَخْ على الأقيس (و)).

في الفصل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: نفقةُ العبد والبهيمةِ الموقوفين من حيث شرط الواقفُ[٧]. فإن لم يذكُرْ شيئاً فالنفقة في الأكساب وعوض المنافع، فإن لم يكن العبد كَسُوباً، أو تعطَّل كَسْبُهُ ومنافعه[٨]؛ لزمانة أو مرض، أو لم يفِ كسبُه بنفقته، فيُبنى على أقوال المِلك[٩]، إن قلنا: للموقوف عليه فالنفقة عليه. وإن قلنا: لله تعالى، ففي بيت المال كما لو أعتق عبداً لا كسْب له. وإن قلنا: للواقف فهي عليه، فإذا مات فهي في بيت المال؛ لأنّ التركة انتقلت إلى الورثة، والوقف لم ينتقل إليهم، فلا يلزمهم مؤنتُه. قاله في «التتمة».

---

(١) في (هـ): (شرطه).

(٢) في (هـ): (يشترط).

(٣) في (ز): (ففي).

(٤) في (ز)، (هـ): (فهو على).

(٥) في (ط العلمية): (فينقسم).

(٦) قوله: (في المصرف) سقط من (ز).

(٧) «لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله، اعتبر شرطه في نفقته» «المهذب» (١٥/ ٣٦٠).

(٨) قوله: (ومنافعه) سقط من (ز).

(٩) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٧).

وقياس قولنا: إن رقبة الوقف للواقف: انتقالها إلى ورثته. فإذا مات العبد، فمؤونة تجهيزه كنفقته في حياته.

أمّا العَقَارُ الموقوف، فعمارته[1] من حيث شرط الواقف. فإن لم يشرط[2] شيئاً، فمن غلته، فإن لم يحصل منه شيءٌ، لم يجب على أحد عمارتُهُ، كالمِلك الخالص، بخلاف الحيوان تصان روحُهُ[3].

المسألة الثانية: لو اندرس شرطُ الوقف[4]، ولم تُعرف مقادير الاستحقاق، أو كيفيَّة الترتيب بين الأرباب: قسمت الغلَّة بينهم بالسَّويَّة[5]؛ إذْ ليس بعضُهُم أولى بالتقديم والتفضيل[6] من بعض[7]. وحكى بعض المتأخرين: أنّ الوجه التَّوقّف[8] إلى اصطلاحهم[9]. وهو القياس.

ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف[10] ولا بينة، جُعِلت الغلَّة بينهم بالسويّة. وإن كان الواقف حيّاً، رجعنا إلى قوله. كذلك ذكره صاحب «المهذب»[11] و«التهذيب»[12].

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٥٩).
(٢) في (هـ): (يشترط).
(٣) قوله: (روحُهُ) سقط من (هـ).
(٤) في (ز)، (هـ): (الواقف).
(٥) قوله: (بالسَّويّة) سقط من (هـ).
(٦) قوله: (والتفضيل) سقط من (هـ).
(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩٨).
(٨) في (ز): (التأخر).
(٩) في (ي): (الاصطلاح).
(١٠) في (ط العلمية): (الوقف)، وفي غيرها: (الواقف).
(١١) «المهذب» (١٥/ ٣٦١).
(١٢) «التهذيب» (٤/ ٥٢٦).

ولو قيل: لا رجوع إليه، كما لا رجوع إلى قول البائع عند اختلاف المشتريين في كيفيّة الشراء، لما كان بعيداً.

المسألة[١] **الثالثة**: للواقف ولمن ولّاه الواقف إجارة الوقف، وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحداً، فالخلاف فيمن له التولية قد مرَّ.

فإن قلنا: إن المتوليِّ الحاكمُ، فهو الذي يُؤجّر. وإن قلنا: إنه للموقوف عليه، بناء على أنّ الملك له، ففي تمكينه[٢] من الإجارة وجهان:

قال في «التتمة»: المذهب منهما[٣] التمكين. فإن كان الوقف على جماعةٍ اشتركوا في الإجارة، فإن كان فيهم طفلٌ قام وليُّه مقامه.

والثاني: المنع؛ لأنّه ربَّما يموتُ في المدَّة، فيتبين[٤] أنه تصرف[٥] في حقِّ الغير. فإن كان الواقف قد جعل لكلّ بطن منهم الإجارة، فلهم الإجارة لا محالة، وكان ذلك تفويضاً للتولية إليهم.

إذا عرفت ذلك، فإذا آجَر الموقوف عليه[٦] بحق[٧] الملك، وجوّزنا، فزادت الأجرةُ في المدة، أو ظهر طالبٌ بالزيادة، لم يتأثر العقد به، كما لو آجَر ملكه المطلق[٨].

---

(١) قوله: (المسألة) سقط من (هـ).

(٢) في (ز): (تمكنه).

(٣) في (ط العلمية): (فيهما).

(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (فتبين).

(٥) في (هـ): (يتصرف)، وفي (ط العلمية): (يصرف).

(٦) قوله: (عليه) سقط من (ي).

(٧) في (هـ)، (ط العلمية): (بحكم).

(٨) في (ز)، (هـ): (الطلق).

وإن آجَر المتوليِّ بحقِّ[١] التولية، ثم حَدَثَ ذلك:

فكذلك الجواب على أصحِّ الأوجه؛ لأنّ العقد حين جرى كان على وجه الغِبطةِ، فأشبه ما إذا باع وليُّ الطِّفلِ مالهُ، ثم ارتفعت القيمة بالأسواق، أو ظهر طالبٌ بالزيادة.

والثاني: أنّه ينفسخ العقد[٢]؛ لأنه تبين وقوعه على خلاف الغِبطة في المستقبل.

والثالث: إن كانت الإجارة سنةً فما دونها، لم يتأثر العقد. وإن كانت أكثر، فالزيادة مردودةٌ. وهذا ما أورده أبو الفرج الزّاز[٣] في «الأمالي»[٤].

قال:

(ولو تعطَّلَ الموقوفُ وبقيَ له أثر نُظِر؛ فإن كان الباقي هو الضمان؛ بأن قُتِلَ العبد: فيُشترى به مِثلُه[٥] ويجُعَلُ وقفاً، وإن لم يُوجَدْ عبد: فشِقْصُ عبد. وقيل: إنه يُصرفُ مِلكاً إلى الموقوفِ عليه).

تعطُّلُ الموقوف[٦]، واختلال منافعه، يُفرضُ[٧] من وجهين:

---

(١) في (ز): (بحكم).

(٢) قوله: (العقد) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (أبو الفرج السرخسي).

(٤) قوله: (في الأمالي) سقط من (ز).

(٥) في (ط العلمية): (المثل).

(٦) في (ز): (الوقف)، وفي (هـ): (الموقوف عليه).

(٧) في (هـ): (مفروض).

أحدهُما: أن يحصُل بسبب مضمونٍ، كما إذا قُتِلَ العبد الموقوف، ولا يخلو قتله إما ألاّ يتعلّق به القصاص، أو يتعلَّق.

أما القسم الأول: فينظر في القاتل، أهو أجنبيٌّ أو الموقوف عليه أو الواقف؟

الحالة الأولى[١]: إذا قتله أجنبيٌّ، فعليه قيمتُهُ؛ لبقاء الماليَّة فيه[٢]، كأمِّ الولد، وفيما يُفعلُ بها طريقان:

أحدهما: يخرَّج[٣] مصرفها على أقوال الملك، إن جعلنا المِلك لله تعالى، فيشترى بها عبدٌ آخر؛ ليكون وقفاً مكانه، فإن لم يوجد فشقص[٤] عبدٍ، بخلاف ما إذا أُتلفت الضحيّة ولم يوجد بقيمتها إلّا شقص شاةٍ؛ لأنه لا يضحى ببعض[٥] الشاة[٦]، ويوقف بعض العبد. وإن جعلنا المِلك للموقوف عليه، أو للواقف، فوجهان:

أصحهما: أن الجواب كذلك؛ كي لا يبطُلَ غرضُ الواقف، وحقُّ البطن الثاني والثالث.

والثاني: أنها تُصرف ملكاً إلى من حكمنا له بمِلك الرَّقبة؛ لأنها[٧] بدَلُ ملكِهِ، ومنتهى[٨] الوقف.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٨).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (تخريج).

(٤) في (ز): (شقص).

(٥) في (هـ): (بشقص).

(٦) في (ز): (شاة).

(٧) في (ط العلمية): (فإنها).

(٨) كذا في (ي)، وفي غيرها: (ينتهي).

والطريق الثاني: القطع بشراء عبد بها؛ ليكون وقفاً مكان الأول؛ لأن حقَّ الوقف[١] أوثق من حق الرَّهن[٢]، فإذا كان بدل المرهون مرهوناً، فبدل الوقف أولى أن يكون وقفاً[٣]. وبهذا قال الشيخ أبو حامد[٤].

وأصحاب الطريقين، متفقون على الفتوى بصرفها إلى عبد.

وإذا اشتُري بها عبد[٥] وفضل شيءٌ، فيعود ملكاً للواقف، أو يُصرف إلى الموقوف عليه؟ في «فتاوى القفال» حكايةُ وجهين فيه[٦].

ورأيتُ في «الجرجانيّات» لأبي العباس الروياني تفريعاً على ما به الفتوى أبحاثاً:

أحدها: أن العبد الذي يجعله بدلاً، من يشتريه؟ وهو مبنيٌّ على الخلاف في المِلك، إن جعلناه لله تعالى، فيشتريه الحاكم. وإن جعلناه للموقوف عليه، فالموقوف عليه. وإن جعلناه للواقف، فوجهان؛ لأنه لا يملك المنافع والفوائد. هكذا ذكره.

ولك أن تخرج الوجهين في أن الموقوف عليه هل يشتري؟ لأن كونه غير مالك للمنفعة، إن مُنع من الشراء، فكونه غير مالك للرقبة أولى أن يُمنع منه.

ولا يجوز للمتلف أن يشتري العبد ويُقيمه مقام الأول؛ لأن الشيء إذا ثبت في ذمَّته، فليس له استيفاؤه من نفسه لغيره.

---

(١) في (ز): (الواقف).

(٢) في (ز): (الراهن).

(٣) في (هـ): (موقوفاً).

(٤) وكذا البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥١٨).

(٥) في (هـ): (عبداً).

(٦) قال النووي: «الوجهان معاً ضعيفان، والمختار أنه يشتري به شقص عبد؛ لأنه بدل جزءٍ من الموقوف، والتفريع على وجوب شراء عبد». «روضة الطالبين» (٥/ ٣٥٣).

والثاني: العبد[١] المشترى، يصير وقفاً بالشراء، أم لا بدَّ من عقد جديد؟ حكى فيه اختلافاً للأصحاب جارياً في بدل المرهون إذا أُتلف، والذي ذكره صاحب «التتمة» منهما[٢] الثاني، وقال: الحاكم هو الذي ينشئ الوقف. ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يجدِّد الوقف.

والثالث: لا يجوز شراء جارية بقيمة العبد، وبالعكس. وفي[٣] شراء العبد الصّغير بقيمة الكبير وبالعكس، وجهان.

والحالة الثانية والثالثة: إذا قتله الموقوف عليه، أو الواقف، فإذا صرفنا القيمة إلى أحدهما في الحالة الأولى ملكاً، فلا قيمة عليه[٤] إذا كان هو القاتل، وإلاّ فالحكم والتفريع كما في الحالة الأولى.

وأما القسم الثاني: وهو ما يتعلّق به القصاص، فإن قلنا: المِلك فيه للواقف، أو الموقوف عليه، فيجب القصاص، ويستوفيه المالك منهما. وإن قلنا: المِلك لله تعالى، فهو كعبيد[٥] بيت المال، والظّاهر وجوب القِصاص. قاله[٦] في «التتمة»، ويستوفيه الحاكم.

وحُكْمُ أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النَّفسِ، حكم قيمته في جميع ما ذكرناه.

---

(١) في (هـ): (إن العبد).

(٢) في (ي): (منها)، وفي (ط العلمية): (فيهما).

(٣) في (ط العلمية): (ففي جواز).

(٤) في (هـ): (له).

(٥) في (ي): (كعبد).

(٦) في (ي)، (هـ): (قال).

وعن صاحب «التقريب» حكايةُ وجهٍ أيضاً[١]: أنه يُصرف إلى الموقوف عليه على كل قول، وينزل منزلة المهر والأكساب.

وكما تتعلّق الجناية على العبد الموقوف بالخلاف في المِلك، فكذلك تتعلّق به جناية العبد[٢] الموقوف. وحكمها على الاختصار[٣]: أنها إن أوجبت القصاص، فللمستحق الاستيفاء، فإن استوفى فات الوقف، كما لو مات. وإن عفا على مال، أو كانت موجبة للمال[٤]، فلا يتعلّق برقبته؛ لتعذُّر بيع الوقف، ولكنه يُفدى[٥]، كأمِّ الولد إذا جَنَت.

ومن الذي يفديه[٦]؟ إن جعلنا الملك فيه للواقف، فهو الذي يفديه.

وإن جعلناه لله تعالى، فثلاثة أوجُه:

أظهرها[٧] ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يفديه الواقف أيضاً؛ لأنه بالوقف[٨] مُنع من بيعه[٩]، فكان كالمستولد لما مُنع بالاستيلاد من بيعها، فداها.

والثاني: أنَّ فِداهُ في[١٠] بيت المال. والثالث: أنّه يتعلّق بكسبه؛ لأنه إذا تعذّر

---

(١) قوله: (أيضاً) سقط من (ز)، (هـ).
(٢) في (ي): (الجناية على العبد).
(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥١٧ – ٥١٨).
(٤) في (ط العلمية): (موجبة المال).
(٥) في (ط العلمية): (يفديه).
(٦) في (هـ)، (ط العلمية): (يفدي).
(٧) وصححه أبو إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٥/ ٣٤٢).
(٨) في (هـ): (لما وقف).
(٩) في (ط العلمية): (بيع).
(١٠) في (هـ): (من).

التعليق[1] بالرّقبة، فأقرب الأشياء إليه كسْبُهُ، فيتعلّق به كحقوق النّكاح.

وإن قلنا: إنّ المِلك للموقوف عليه:

فجواب الأكثرين: أنّ الفِداءَ عليه. وحكى الإمام[2] وجهين آخرين معه[3]:

أحدهما: أنّه على الواقف.

والثاني: أنَّا إن قلنا: إنَّ الوقف[4] لا يفتقر إلى القَبول، فهو على الواقف. وإن قلنا: إنّه يفتقر، فهو على الموقوف عليه؛ لأنه بقبوله[5] تسبب إلى تحقيق الوقف المانع من البيع، وقد انضمّ إليه كونُهُ مالكاً.

فرعان على إيجاب الفداء على الواقف:

أحدهما: لو كان الواقف قد مات، ففي «الجرجانيّات»: أنه إن ترك مالاً، فعلى الوارث الفِداء منه[6]؛ لأنَّ العبد ممنوعٌ بسببٍ صَدَرَ منه في الحياة، فلزمه ضمان جنايته في مالِهِ. وقال في «التتمة»: لا يفدى من التركة؛ لأنها انتقلت إلى الوارث، والمِلك في الوقف[7] ما انتقل إليه. وعلى هذا:

ففي وجهٍ: يتعلّق بكسبه.

---

(١) في (ز)، (هـ): (التعلق).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٦١).

(٣) قوله: (معه) سقط من (ي).

(٤) في (هـ): (الموقوف عليه).

(٥) قوله: (بقبوله) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (فيه).

(٧) في (هـ): (الرقبة).

وفي وجهٍ: يُفدى[١] من بيت المال كالحر المُعسِر الذي لا عاقِلَة له.

الثاني: لو مات العبدُ عَقِيبَ الجناية بلا فصل، ففي سُقوط الفداء وجهان:

أحدهما: أنه[٢] يسقط، كما لو جَنَى القِنّ ومات.

وأظهرهما ـ وبه قال ابن الحدّاد ـ: أنه لا يسقط؛ لأن تضمين الواقف كان بسبب كونِهِ مانعاً من البيع بالوقف. ويخالف العبد القِنّ، فإن الأرش متعلِّقٌ برقبته، وإذا مات فلا أرش ولا فداءَ.

ويجري الخلاف فيما إذا جَنَتْ أمُّ الولد، وماتت.

وتكرُّرُ الجناية من العبد الموقوف، كتكرُّرها من أم الولد[٣].

قال:

(وإن كـانَ شجرةً فجَفَّت؛ فقيل: يَنقلِبُ الـحَطَبُ مِلكاً للواقف، وقيل: هو مِلكٌ للموقوفِ عليه، وقيل: يُباعُ ويُشترى به شِقْصُ شجرةٍ ويُـجعَلُ وقفاً، وقيل[٤]: يُنتفَعُ به جِذعًا ولا يُباعُ ولا يُملَكُ؛ لأنهُ عيُن الوقف.

---

(١) قوله: (يُفدى) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (أنه) زيادة في (ز).

(٣) لو جنت المستولدة مراراً ولم يتخلل فداء: فهي كجناية واحدة فتُجمع، ويلزم السيد أقل الأمرين من قيمتها وأرش الجناية.

ولو تخلل فداء: لزمه فداء جديد في قول. وفي الثاني: يسترد ما فدى به ويوزع على الجنايتين. انظر ما سيرد (١٨/ ٤٢٠).

(٤) من قوله: (هو ملك) إلى هنا سقط من (هـ).

والحَصيرُ[١] في المسجدِ إذا بَلِيَ ونُحاتةُ خشُبِه؛ قيل: إنه يُباعُ ويُصَرفُ في مَصالح المسجد[٢]، وقيل: إنه[٣] يُحفَظ؛ فإنه عيُن الوقَفِ[٤] فلا يُباع. وكذا القولُ في الجِذْع المُنكَسِر والدار المُنهدِمة. أما المسجدُ نفسُه إن انهدمَ وتَفرَّقَ الناسُ مِن[٥] البلد فلا يعودُ مِلكًا؛ لأنه يُتَوقَّعُ أن يعودُوا إليه).

الوجه الثاني: أن يحصل التَّعطُّل بسببٍ غير مضمون: فإن لم يبق منه شيءٌ ينتفع به، كما إذا مات العبدُ الموقوف[٦]، فقد فات الوقف. وإن[٧] بقي، كما إذا وقف شجرةً، فجَفَّتْ، أو قلعتها الريح، (ففيه وجهان)[٨]:

أحدهما: أنَّ الوقفَ ينقطع كما إذا مات العبد؛ لأن الوقف منوطٌ باسم الشجرة، والباقي جِذْعٌ أو حطب لا شجرةٌ. فعلى هذا ينقلبُ الحطبُ ملكاً للواقف.

وأصحهما: المنع، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يُباعُ ما بقي؛ لتعذُّر الانتفاع بشرط الواقف، وعلى هذا فالثمن كقيمة المتلف: فعلى رأيٍ: يصرف إلى الموقوف عليه[٩] ملكاً. وعلى رأي: يشترى

---

(١) في (ز): (الحصر).

(٢) قوله: (المسجد) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (إنه) سقط من (ز).

(٤) في (ط العلمية): (وقفه).

(٥) في (هـ): (في).

(٦) قوله: (الموقوف) سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (فإن).

(٨) في (ز)، (هـ): (فوجهان).

(٩) في (ي): (يصرف إليه أو الموقوف عليه).

به شجرة، أو شِقص شجرة من جنسها؛ لتكون وقفاً مكان الأولى[١]. ويجوز أن يُشترى به وديٌّ[٢] يغرس في موضعها.

وأصحهما: منع البيع[٣]؛ لأنه عين الوقف، والوقف لا يُباع ولا يُورث، على ما ورد في الخبر، فعلى هذا وجهان:

أحدهما: ينتفع بإجارته جِذْعاً؛ إدامةً للوقف في عينه.

والثاني: يصير ملكاً للموقوف عليه، كما ذكرنا في قيمة العبد المُتلف.

واختار صاحب «التتمة» وغيره: الوجه الأول، إن أمكن استيفاء منفعةٍ منه مع بقائه. والوجه الثاني، إن كانت منفعته في استهلاكه.

وزمانة العبد الموقوف[٤] كجفاف الشّجرة[٥].

وحُصُر المسجد إذا بَليت، ونُحاتة خُشُبه[٦] في النجر[٧]، وأستار الكعبة إذا

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: (الأول).

(٢) في (ز): (ودياً).

(٣) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٤) في (ي)، (ز): (الدابة الموقوفة).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (أخشابه).

وفي اللغة: الخشبة ما غلظ من العيدان، جمعها: خَشَب وخُشُب وخُشْب وخُشْبان. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب الباء (١/ ٢٣٣) (خشب)، «الصحاح» باب الباء، فصل الخاء (١/ ١١٩) (خشب).

(٧) في (ط العلمية): (نُخرت)، وهو يتوافق مع ما في «الروضة» (٥/ ٣٥٧)، والصواب ما أثبته، لأن النحاتة هي: ما نُحت من الخشب، أي نُجر منها. والنجر: نحت الخشب، وقيل: القطع، يقال: نجر ينجره نجراً. والنخر: يقال: نخرت الخشبة إذا بليت واسترخت وتفتت إذا مست. انظر: «تاج العروس»=

لم يبق[1] فيها منفعةٌ ولا جمال: في جواز بيعها وجهان:

أصحهما: أنها تُباع، وإلا[2] فتضيع أو يضيقُ المكان بها من غير فائدة.

والثاني: لا تُباع[3]؛ لأنها عين الوقف، بل تترك بحالها أبداً.

وعلى الأول، قالوا: يُصرفُ ثمنها في[4] مصالِحِ المسجد. والقياس: أن يشترى بثمن الحصير الحُصُر[5]، ولا يُصرفُ إلى مصلحةٍ أخرى. ويشبه أن يكون هو المراد مما أطلقوه.

وجذعه المنكسر: إذا لم يصلح لشيء سوى الإحراق[6]، جاء فيه هذا الخلاف. وإن أمكن أن يتخذ منه أبواب وألواح، قال في «التتمة»: يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف.

ويجري الخلاف في الدّار المنهدمة، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار، والدّار على الانهدام. قال الإمام[7]: وإذا جوّزنا البيع، فالأصحُّ: صرف الثّمن إلى جهة الوقف.

= فصل النون، باب التاء (١/ ٥٩١) (نحت)، فصل النون، باب الراء (٣/ ٥٥٥) (نجر)، (٣/ ٥٥٩) (نخر).

(١) في (ز): (يكن).

(٢) في (ط العلمية): (لئلا).

(٣) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٤) في (هـ): (وعلى الأول فتصير قيمتها من).

(٥) في (هـ): (بثمن الحصر)، وفي (ط العلمية): (الحصير حصراً).

(٦) في (هـ): (الاحتراق).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٣٩٦).

وقيل[١]: هو كقيمة الموقوف إذا تلف، فعلى هذا يُصرف الثمن إلى الموقوف عليه مِلكاً على رأي. وإذا قيل به، فلو قال الموقوف عليه: «لا تبيعوها، واقلِبوها إلى ملكي»: فالمذهب أنّه لا يُجابُ، ولا تنقلب عين الوقف ملكاً، بل ارتفاع الوقف موقوفٌ على البيع. وأبعد بعض الأصحاب، وأجابه[٢]، وزعم أنه ينقلب ملكاً[٣] من غير عقدٍ[٤] وقولٍ قالب[٥].

ولو انهدم المسجد نفسه، أو خربت[٦] المحلَّةُ وتفرَّق عنها الناس، وتعطّل المسجد، فلا يعود ملكاً بحال[٧]. ولا يجوز بيعه، كالعبد إذا أعتقه ثم زَمِنَ. ولا يشبه جفاف الشجرة؛ لأن توقع[٨] عود الناس والعمارة قائم[٩]، وهذا كما لو وقف على ثغر[١٠]، فاتَّسعت رقعة الإسلام، يحفظ رِيع الوقف؛ لاحتمال عوده ثغراً[١١]. وأيضاً: فالانتفاع في الحال بالصلاة في العَرْصَة ممكنٌ.

ثم المسجد المعطّل في الموضع الخراب: إن لم يُخف من أولي الغرامة[١٢]

(١) قوله: (وقيل) سقط من (هـ).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (وأجازه).

(٣) في (ز): (وقفاً).

(٤) في (ط العلمية): (من غير وقف عقد).

(٥) في (هـ)، (ط العلمية): (وقول ثالث).

(٦) في (ط العلمية): (ضربت).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٨) كذا في (ز)، وفي غيرها: (لأنه يتوقع).

(٩) في (ط العلمية): (قائمة).

(١٠) الثغر: ما يلي دار الحرب، وموضع المخافة من فروج البلدان. «القاموس المحيط» باب الراء، فصل الثاء ص٣٥٩ (الثغر).

(١١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٦١).

(١٢) في (ط العلمية): (الفساد). =

نقضَه، لم ينقض. وإن خيف، نُقض وحُفظ. وإن رأى الحاكم أن يعمّر بنقضه مسجداً آخر[1]، جاز، وما كان أقرب إليه فهو أولى. ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض[2].

وكذا البئر الموقوفة إذا خربت، يُصرف نقضها إلى بئرٍ أخرى[3] أو حوضٍ، لا إلى مسجد. ويراعى غرض الواقف ما أمكن.

وجميع ما ذكرناه في حُصُر المسجد ونظائرها، فيما[4] إذا كانت موقوفة على المسجد. أمّا ما اشتراه المتولي للمسجد، أو وهبه منه واهب وقبله المتولّي[5]، فيجوز بيعه بلا خلاف، عند الحاجة؛ لأنه ملك.

حتى إذا كان المُشتَرى للمسجد شِقصاً، كان للشّريك الأخذ بالشُّفعة. ولو باع الشريك، فللمتولِّي الأخذ بالشفعة عند الغبطة[6]. هكذا ذكروه. والله أعلم، وبالله التوفيق.

وهذه مسائل وفروعٌ تدخل في الباب الأول:

إذا وقف ضيعةً[7] على المُؤنِ التي تقع في قرية كذا من جهة السُّلطان، ففي «فتاوى القفال»: أنه جائزٌ، وصيغته أن يقول: «تصدقت بهذه الضَّيعة صدقةً محرمةً على أن تُستغل، فما فضل من عمارتها صُرف إلى هذه المؤن».

= والغرامة: من الغرم وهو الشر الدائم والهلاك. انظر: «تاج العروس» فصل الغين، باب الميم (٩/ ٣) (غرِمَ).

(١) قوله: (آخر) سقط من (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٣) قوله: (أخرى) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (فيما) سقط من (ز).

(٥) من قوله: (للمسجد أو) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) في (هـ): (الحظ).

(٧) في (ز): (قرية).

ويجوز الوقف على أقارب رسول الله ﷺ، إذا جوّزنا الوقف على قوم غير محصورين[١].

وعن الشيخ أبي محمّد: أنه وقع في «الفتاوى» زمن الأستاذِ أبي إسحاق: أن رجلاً قال: «وقفت داري هذه على المساكين بعد موتي»، فأفتى الأستاذ بصحّة الوقف بعد الموت، وساعده أئمة الزّمان.

وهذا كأنه وصيّة، ويدلُّ عليه أن في «فتاوى القفال»: أنه لو عرض الدّار على البيع، صار راجعاً عنه[٢]. وأيضاً[٣]: أنه لو قال: «جعلتُ داري هذه خانِقاه للغزاة»، لم تَصِرْ وقفاً بذلك.

وأنه لو قال: «تصدقت بداري هذه صدقة محرمة[٤]؛ ليصرف من غلَّتها كلَّ شهر إلى فلان كذا»، ولم يزد عليه، ففي صحّة هذا الوقف وجهان، إن صحَّ، ففي الفاضل عن المقدار أوجه:

أحدها: الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

والثاني: الصرف إلى الفقراء.

والثالث: أنه يكون مِلكاً للواقف.

وأنه لو قال: «جعلتُ هذه الدّار للمسجد»، أو دفع[٥] داراً إلى قيِّم المسجد

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٧٥).

(٢) في (ي): (فيه).

(٣) في (ز)، (هـ): (ومنها أيضاً).

(٤) في (هـ): (محرمة مؤبدة).

(٥) في (هـ): (ودفع).

وقال: «خذها للمسجد»، أو قال: «إذا مِتُّ، فأعطوه من مالي ألفَ درهم للمسجد» أو «فداري للمسجد»، لا يكون شيئاً؛ لأنه لم يوجد صيغةُ وقفٍ، ولا تمليك[1]. ولك أن تقول: إن لم يكن هذا صريحاً في التمليك، فلا شكّ في كونه كنايةً.

وأنّه لو قال: «وقفت داري على زيد، وعلى الفقراء»، فيبنى على ما إذا أوصَى لزيد وللفقراء: فإن جعلناه كأحدهم، صحَّ الوقف، ولا يُحرم زيدة وإن قلنا: النِّصف له، صحّ الوقف في نصف الفقراء، ووقف النصف الآخر منقطع الآخر، فإن لم يصحّ، وقع في تفريق الصّفقة.

وأنه لو قال: «وقفت هذه البقرة على رباط كذا؛ ليسقى من لبنها من ينزل فيه» أو «يُنفق من نسلها عليه»، جاز. وإن اقتصر على قوله: «وقفتها عليه» لم يجز، وإن كنا نعلم أنه يريده؛ لأنَّ العبرة باللّفظ.

وأنه لو قال: «وقفت على مسجد كذا»، لم يصحّ ما لم يبيِّن جهته، فيقول: «وقفت على عمارته»، أو يقول: «وقفت عليه[2]؛ ليُستغلَّ ويُصرف إلى عمارته» أو «إلى[3] دُهْن السراج»، ونحوهما. وقضية إطلاق الجمهور: جوازه.

ومنها: أنّه لو وقف على مسجد، أو رباط معيَّن، ولم يذكر المصرف إن خرب، فهو منقطع الآخر.

وفصَّل في «التتمة» فقال: إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه، بأن كان في وسط البلدة، فهو صحيحٌ. وإن كان في قريةٍ أو حارةٍ، فهو منقطع الآخر. والله أعلم.

---

(١) قال البغوي: «فإن قال: «جعلته للمسجد»، فهو تمليك للمسجد، ويشترط قبول القيم وقبضه». «التهذيب» (٤/ ٥١٧).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (إلى) سقط من (هـ).

وهذه مسائل وصورٌ تدخُلُ في الباب الثاني:

لو وقف على الطالبيين وجوّزناه، كفى الصَّرف إلى ثلاثة[١]، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد عليٍّ رضي الله عنه، والثاني من أولاد عقيل، والثالث من أولاد جعفر رضي الله عنهم. ولو وقف على أولاد عليٍّ وأولاد عقيلٍ وأولاد جعفر رضي الله عنهم، فلا بدّ من الصرف إلى ثلاثةٍ من كلّ صنف.

وإذا وقف شجرةً، ففي دخول المغرس وجهان، وكذا حكم الأساس مع البناء.

وإذا وقف على عمارة المسجد، لم يجز صرف الغلَّة إلى النقش والتزويق[٢]. وذكر في «العدّة»: أنه يجوز توفير أجرة القيِّم منه، ولا يجوز صرف شيءٍ إلى الإمام والمُؤذِّن. والفرق: أن القيِّم يحفظ العمارة، وأنه يشتري به البواري، ولا يشتري[٣] الدّهن في أصحّ الوجهين، وكأن الفرق أن ما يفرش[٤] حافظ للعمارة ولباس[٥] المسجد، ومنفعة[٦] الدّهن تختص بالمصلين. والذي ذكره صاحب «التهذيب»[٧]، وأكثرُ مَنْ تعرَّض للمسألة: أنه لا يُشترى منه[٨] الدهن ولا الحصير. والتجصيص الذي فيه إحكام معدودٌ من العمارة.

ولو وقف على مصلحة المسجد، لم يجز النقش والتزويق، ويجوز شراء الحصر والدهن. والقياس: جواز الصَّرف إلى الإمام والمؤذن أيضاً.

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٥٥).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٣) في (هـ): (ولا يشتري به).

(٤) في (ط العلمية): (القيم).

(٥) في (هـ): (أساس).

(٦) في (ط العلمية): (منفعة).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٨) في (ي)، (ز)، (هـ): (به).

والموقوف على الحشيش، لا يُصرف إلى الحصير، وبالعكس[١]، والموقوف على أحدهما، لا يُصرف إلى اللُّبود[٢]، وبالعكس.

ولو وقف على المسجد مطلقاً، وجوّزناه: ففي «التهذيب»[٣]: التسوية بينه، وبين أن يقف على عمارة المسجد. وفي «الجرجانيات»: حكاية وجهين في جواز الصّرف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة.

ولو وقف على النَّقش والتزويق، ففيه وجهان قريبان من الخلاف في جواز تحلية المُصحف[٤].

وإذا قال المتولي: «أنفقت كذا»، فالظّاهر قبول قوله عند الاحتمال.

ولا يجوز قسمة العقار الموقوف لأرباب الوقف؛ لما فيه من تغيير شرط الواقف، ولما فيه من إبطال[٥] حقِّ من بعدهم.

وعن أبي الحسين: أنّا إذا جعلنا القسمة إفرازاً[٦]، جاز. فإذا انقرض البطن الأول، انتقضت، ويجوز لأرباب الوقف المهايأة. هكذا[٧] قاله القاضي ابن كجّ.

---

(١) من قوله: (والموقوف على) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) اللبود: جمع، مفرده اللبد، وهو ما يتلبد من شعر أو صوف، وهو بساط معروف، أو هو ما تحت السرج. واللُّبَّادة ـ كرُمَانة ـ قباء من لبود، أو ما يُلبس من اللبود للوقاية من المطر. وأصله من لبد ـ بفتح الباء وكسرها ـ يلبد لبوداً، أي أقام ولزق. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب الدال (٢/ ٤٩٠ - ٤٩١) (لبد). «المصباح المنير» (٢/ ٥٤٨) (اللبد).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٤) إن كانت تحلية المصحف بالفضة فالأظهر جوازها. وإن كانت بالذهب فثلاثة أوجه، وذكر أبو بكر الشاشي وجهين. انظر ما سلف (٤/ ٢٦٤ - ٢٦٥)، «حلية العلماء» (٣/ ٩٧).

(٥) قوله: (إبطال) سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (إقراراً).

(٧) قوله: (هكذا) سقط من (هـ)، (ز).

ولا يجوز تغيير الواقف عن هيئته، فلا[١] تجعل الدار الموقوفة بستاناً ولا حمّاماً، وبالعكس[٢]، إلاّ إذا جعل الواقف إلى المتولي ما يرى فيه مصلحة الوقف.

وفي «فتاوى القفال»: أنه يجوز أن يُجْعلَ حانوت القصَّارين للخبَّازين، وكأنه احتمل تغيير النّوع دون تغيير الجنس.

ولو هَدمَ الدار والبستان مُتعدٍّ، أخذ منه الضمان، وبني به أو غرس؛ ليكون وقفاً مكان الأول.

ولو انهدم البناء، أو انقلعت الأشجار، تستغل الأرض بالإجارة ممَّن يزرعها، أو يضرب فيها خيامه، ويبنى ويغرس من غلّتها[٣].

ويجوز أن يقرض الإمام المتولي من بيت المال، أو يأذن له في الاستقراض أو الإنفاق على العمارة من مال نفسه بشرط الرجوع. وليس له الاستقراض دون إذن الإمام.

ولو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تَعَدٍّ، فلا ضمان عليه.

وإن انكسر الطنجير[٤] أو المرجل[٥] الموقوفان، ووجد متبرع بالإصلاح فذاك. وإلا اتخذ منه[٦] أصغر، وأُنفق الفضل على إصلاحه. فإن لم يمكن اتخاذ مرجل

---

(١) (فلا): في (ز)، وفي غيرها: (ولا).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٤).

(٤) في (هـ): (الطنجرة).

الطِّنجير: والطنجرة: معرب فارسيته باتيله. وهي آنية من النحاس. ويُطلق الطنجير كناية عن الجبان أو اللئيم، وكأنهم يعنون الحضري الملازم أكله في قدور النحاس وصحونه. انظر: «تاج العروس» فصل الطاء، باب الراء (٣/ ٣٦١) (الطنجير).

(٥) المِرجل ـ بالكسر ـ: قدر من نحاس، وقيل يطلق على كل قدر يُطبخ فيه. «المصباح المنير» (١/ ٢٢١) (رجل).

(٦) في (ي): (منهما)، وفي (ط العلمية): (منها).

وطنجير، اتخذ منه[1] ما يمكن من قصعة[2] ومغرفة وغيرهما[3]. ولا حاجة هاهنا إلى تجديد[4] وقف؛ فإنه عين الموقوف.

وإذا خرب العقار الموقوف على المسجد والمسجد[5]، وهناك فاضل دخل[6]، بُدىء منه بعمارة العقار[7]. ذكره ابن كج، وقال: إذا حصل مال كثير من غلة الوقف على المسجد[8] عد[9] منه قدر[10] ما لو خرب المسجد، أعيدت به[11] العمارة، والزائد يُشترى به ما فيه للمسجد[12] زيادة غلّة.

وفي «فتاوى القفال[13]»: أن الموقوف لعمارة المسجد[14] لا يشترى به

---

(١) من قوله: (أصغر) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) القصعة: الصحفة، والجمع قصعات محركة. وهو وعاء يؤكل فيه ويُثرد، وكان يُتخذ من الخشب غالباً. انظر: «تاج العروس» فصل القاف، باب العين (٥/ ٤٦٩) (قَصَع)، «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٦٨) (قصع).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٥).

(٤) في (ز): (تغيير).

(٥) قوله: (والمسجد) زيادة في (ي).

(٦) في (ط العلمية): (فاضل من غلته).

(٧) في (ط العلمية): (الموقوف على العقار).

(٨) في (ي)، (ز)، (ط العلمية): (غلة وقف المسجد).

(٩) في (هـ): (عدّ)، وفي غيرها: (أعد).

أعدّ: يقال أعده لأمر كذا، أي هيأه له. وأصل العد: الإحصاء، يقال: عدّ الشيء يعده عداً. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الدال (٢/ ٤١٦ - ٤١٧) (عدّ).

(١٠) في (ط العلمية): (بقدر).

(١١) قوله: (به) سقط من (هـ).

(١٢) قوله: (للمسجد) سقط من (ز)، (هـ).

(١٣) في (ي): (الفتاوى).

(١٤) قوله: (المسجد) سقط من (هـ).

شيء أصلاً؛ لأن الواقف وقف على العمارة.

والوقف على الفقراء هل يختص بفقراء[١] بلدة الواقف؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أوصى للفقراء. وهل يجوز الدفع منه إلى فقيرة لها زوج يمونها؟ فيه خلاف نشرحه عند ذكر الخلاف في دفع الزكاة إليها، في قسم الصدقات[٢] إن شاء الله تعالى.

وسُئل الشيخ أبو عبد الله الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة، هل للناس[٣] الأكل من ثمارها؟ فقال: قد قيل[٤] يجوز، والأولى عندي صرفها في[٥] مصالح المقبرة[٦].

وعن رجلٍ غرس شجرة في المسجد، فكيف يُصنع بثمارها؟ فقال: إن جعلها للمسجد، لم يجز أكلها من غير عِوضٍ، ويجب صرف عوضها[٧] إلى مصالح المسجد[٨]، ولا ينبغي أن يغرس في المساجد الأشجار؛ لأنها تمنع من الصلاة.

فروع عن الشيخ أبي عاصم العبّادي:

إذا وقف على قنطرة، فانجرف[٩] الوادي، وتعطلت تلك القنطرة، واحتيج

(١) في (ي): (فقراء)، وفي (ط العلمية): (الفقراء).

(٢) في هذه المسألة أربعة أوجه، بالنفي والإثبات والتفصيل. انظر ما سيرد (١٢/ ٥٩١ - ٥٩٢).

(٣) في (هـ): (هل يجوز للناس).

(٤) قوله: (قيل) سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (إلى).

(٦) قال النووي: «المختار الجواز». «روضة الطالبين» (٥/ ٣٦٢).

(٧) في (ز): (ويجب صرفها).

(٨) قال النووي: «وإن غرسها مسبّلة للأكل، جاز أكلها بلا عوض، وكذا إن جهلت نيته، حيث جرت العادة به». «روضة الطالبين» (٥/ ٣٦٢).

(٩) كذا في (ي)، (ز)، وفي (هـ)، (ط العلمية): (فانخرق). =

إلى قنطرة أخرى، جاز النقل إلى ذلك الموضع، بخلاف المسجد الذي باد أهله؛ حيث تبقى عمارته، ويعمر بعدما خرب إن أمكن؛ ليصلي[١] فيه المارَّة.

وإذا وقف على عمارة المسجد، جاز أن يُشترى منه سُلَّم لصعود السطح، ومكانس يُكنس بها[٢] ومساحي ينقل بها التراب؛ لأن كلَّ[٣] ذلك يحفظ العمارة. ولو كان يصيب بابه المطر[٤] ويفسده، جاز بناء مظلَّة منه، وينبغي ألا تضر بالمارة.

وإذا وقف على دهن السراج للمسجد، جاز وضعه في جميع الليل؛ لأنه أنشط للمصلين.

وذكر الأئمة: أن البقعة التي جعلها مسجداً إذا كان فيها شجرة، جاز للإمام قلعها[٥] باجتهاده؛ ليتسع للمصلين.

وبم ينقطع حق الواقف عن الشجرة؟ قال صاحب الكتاب في «الفتاوى»[٦]: مجرّد ذكر الأرض لا يخرج الشجرة عن ملكه كبيع[٧] الأرض، وحينئذ فلا يكلف تفريغ

= انجرف: يقال جرفه يجرفه جَرَفاً ـ بالفتح ـ: أي ذهب به كله أو جله. أو أخذه أخذاً كثيراً. وأجرف المكان: أصابه سيل جراف. والجرف: ما أكل السيل من أسفل شق الوادي والنهر. انظر: «تاج العروس» فصل الجيم، باب الفاء (٦/ ٥٥ – ٥٦) (جَرَف).

والخرق: الثقب، مصدر من خَرَقته إذا قطعته. ويقال مجازاً: خرقت الأرض إذا جبتها. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٦٧) (الخرق).

(١) في (ي)، (ط العلمية): (أن يصلي).

(٢) في (ط العلمية): (يكنس بها التراب).

(٣) قوله: (كل) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (هـ): (يصيبه مياه المطر).

(٥) في (هـ): (قطعها).

(٦) «فتاوى الغزالي» (ص٧٢).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (لبيع).

الأرض. ولك أن تقول: في استتباع الأرض الشجرة في البيع قولان[١].

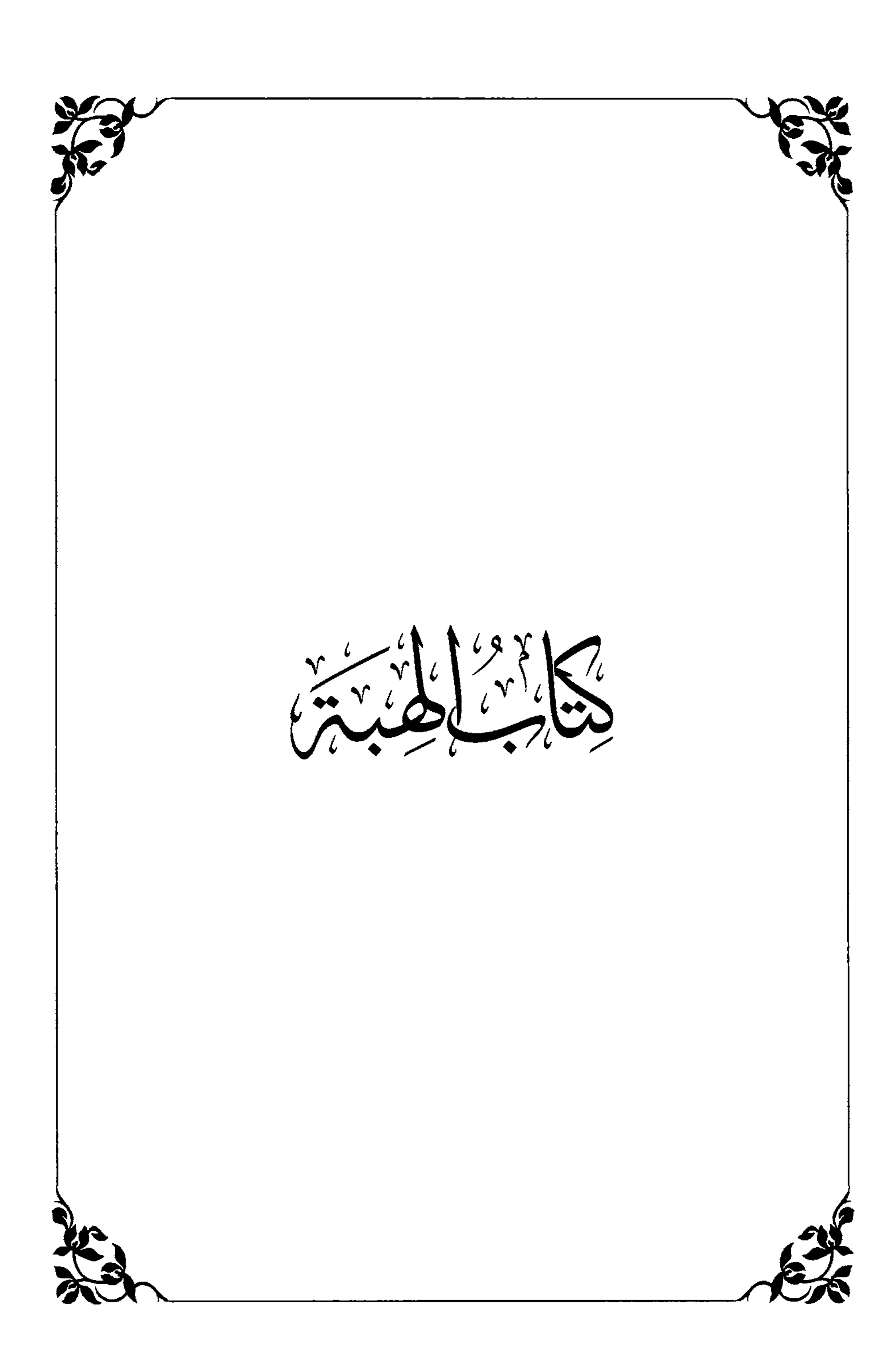
وإذا قال: «جعلت هذه الأرض مسجداً»، فلا تدخل الشجرة بحال؛ لأنها لا تُجعل مسجداً. ولو جعل الأرض مسجداً، ووقف الشجرة عليها، فعلى هذه الصورة ونحوها ينزل كلام الأصحاب.

وأفتى صاحب الكتاب[٢]: بأنه يجوز وقف الستور؛ ليستر بها جدران المسجد. وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النقش والتزويق. وأفتى بأنه إذا وقف على المسجد مطلقاً، جاز صرف الغلّة إلى الإمام والمؤذِّن، وبناء منارة المسجد. ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً. والله أعلم.



(١) انظر ما سلف (٦/ ٣٠١-٣٠٢).

(٢) «فتاوى الغزالي» (ص٧٥).



كِتَابُ الهِبَةِ

قال الإمام الغزالي:

(كتاب الهبة[١]

وفيه فصلان:

الأوَّل: في أركانِها، وهي ثلاثة:

الأوَّل[٢]: الصِّيغة.

ولا بدَّ مِن الإيجابِ والقَبول، إلّا في هَدايا الأطعِمة، فقد[٣] قيل: إنه يُكتفى بالمُعاطاة؛ إذ كانَ ذلك مُعتادًا في عَصْرِ رسول الله ﷺ.

ولا يصحُّ تعليقُه وتأقيتُه وتأخيرُ القَبول فيه عن الإيجاب؛ كالبيع).

عرفت[٤] في أول الوقف[٥] أقسام العطايا، وأن من أقسامها التمليكات المنجزة في الحياة.

فاعرف الآن أن هذا القسم على ثلاثة أنواع، وهي: الهبة والهدية والصدقة.

---

(١) الهبة في اللغة: من وهب يهب وهباً ـ بالسكون والتحريك ـ وهبة. وهي العطية الخالية عن الأغراض والأعواض. انظر: «تاج العروس» فصل الواو، باب الهاء (١/ ٥٠٧ – ٥٠٨) (وهب).
واصطلاحاً: «التمليك بلا عوض». وقال ابن عرفة: «تمليك ذي منفعة لوجه المعطَى بغير عوض» «المنهاج» ص٨١، «شرح حدود ابن عرفة» ص٥٥٢. وذكر الرملي: أن الهبة مأخوذة من (هبّ)، لمرورها من يد إلى أخرى، أو (استيقظ)، لتيقظ فاعلها للإحسان. «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٠٤).

(٢) في (هـ): (منها).

(٣) في (ط العلمية): (وقد).

(٤) في (هـ)، (ط العلمية): (إذا عرفت).

(٥) قوله: (الوقف) سقط من (هـ).

وسبيل ضبطها: أن التمليك لا بعوض هبة، فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب منه[١]؛ إعظامًا له وإكرامًا، فهو هدية[٢]، وإن انضم إليه كون التمليك من المحتاج تقربًا إلى الله تعالى وطلبًا لثواب الآخرة، فهو صدقة. فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع.

ومنه إهداء القرابين إلى الحرم.

ولذلك[٣] لا يدخل لفظ الهدية في العقارات بحال، فلا يقال: «أهدى إليه أرضًا» ولا «دارًا»، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد.

فيُخرج من هذا: أن افتراق هذه الأنواع بالعموم والخصوص، فكل هدية وصدقة هبة، ولا تنعكس، ولهذا لو حلف ألا يهب فتصدق حنث، وبالعكس لا يحنث.

واختلفوا في أنه هل يعتبر[٤] في حدّ الهدية أن يكون بين المهدي والمهدى إليه رسولٌ ومتوسط؟ فحكى أبو عبد الله الزبيري رضي الله عنه وجهين فيما إذا حلف «ألا يهدي إليه»، فوهب منه خاتمًا أو نحوه يدًا بيدٍ، هل يحنث؟ والأشبه أنه لا يعتبر.

وينتظم أن يقول لمن حضر عنده: «هذه هديتي أهديتها لك»، وقد ورد ذلك في الأخبار.

---

(١) في (هـ): (له).

(٢) قال الماوردي: «قيل إن الهدية مشتقة من الهداية، لأنه اهتدى بها إلى الخير والتآلف». «الحاوي» (٩/ ٣٩٩).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (وكذلك).

(٤) في (ي): (يفتقر).

وفي الكتاب والسنة ذكر الأنواع الثلاثة، والندب إليها:

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦]، قيل: المراد منه[١] الهبة[٢]. وقال الله تعالى: ﴿وَءَاتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى الْقُرْبَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٧]. وقال عزَّ من قائل: ﴿إِنَّ الْمُصَّدِّقِينَ وَالْمُصَّدِّقَٰتِ﴾ [الحديد: ١٨].

وعن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قال: «تَهَادُوا، فإنَّ الهَدِيَّةَ تُذْهِبُ الضَّغَائِنَ»[٣]. ورُوِيَ أنه ﷺ قال: «تَهَادُوا تَحَابُّوا»[٤]. وقال ﷺ: «لَوْ دُعِيتُ إلى كُرَاعٍ[٥] لَأَجَبْتُ، ولو أُهْدِيَ إليَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ»[٦].

---

(١) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٢) انظر: «التفسير الكبير» (١٠/ ٢١٥)، «أحكام القرآن» (الجصاص) (٢/ ٢١٧).

(٣) ضعّف ابن حجر هذه الرواية، وذكر أنها من أحاديث الشهاب. «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩) (١٣١٤).
وأخرج الطبراني في «الكبير» عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية بلفظ: «تهادوا، فإن الهدية تضعف الحب وتذهب بغوائل الصدر» (٢٥/ ١٦٣) (٣٩٣). قال الهيثمي: «رواه الطبراني في «الكبير» وفيه من لم يعرف». «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٠).
وأخرج الترمذي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «تهادوا، فإن الهدية تُذهب وحر الصدر» أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء في حث النبي ﷺ على الهدية (٣/ ٢٩٨) (٢٢١٣) وقال: «هذا حديث غريب من هذا الوجه». وأخرجه أبو داود الطيالسي بلفظ «وغر الصدر» ص٣٠٧ (٢٣٣٣). قال ابن حجر: «وفي إسناده أبو معشر المدني وتفرد به وهو ضعيف» «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩).

(٤) أخرجه (البخاري، محمد بن إسماعيل) في «الأدب المفرد» باب قبول الهدية ص٨٧ (دار الكتب العلمية، بيروت). والبيهقي، كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس (٦/ ١٦٩). وأخرجه أبو يعلى في مسند أبي هريرة (٥/ ٤٢٤) (٦١٢٢). قال ابن حجر: «وإسناده حسن». «التلخيص الحبير» (٣/ ٦٩ - ٧٠) (١٣١٥).

(٥) كُرَاع: كغراب، وهو مستدق الساق العاري عن اللحم من الدابة، يذكّر ويؤنّث، وجمعه أكرع وأكارع. انظر: «تاج العروس» فصل الكاف، باب العين (٥/ ٤٩٢ - ٤٩٣) (كرع).

(٦) أخرجه البخاري بلفظ: «ولو أهدي إلى كراع لقبلت» كتاب النكاح، باب من أجاب إلى كُراع (٩/ ٢٤٥) (٥١٧٨). وفي رواية: «ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت» كتاب الهبة، باب القليل من الهبة (٥/ ١٩٩) (٢٥٦٨).

ولا ينبغي أن يستحقر القليل[١] فيمتنع من أن يهدي، ولا أن يستنكف المهدى إليه عن قبول القليل. وقد روي أنه ﷺ قال: «لا تَحقِرَنَّ جارةٌ لجارتها ولو فِرْسِنَ[٢] شاةٍ»[٣].

إذا تقرر ذلك، فاعلم أن الأنواع الثلاثة تفترق في أحكام، وتشترك في أحكام وهي الأكثر، ونحن نبينها[٤] إن شاء الله تعالى، جارين على نظم الكتاب، وهو يشتمل على فصل في أركان الهبة، وفصل في أحكامها.

أما الأركان، فالمذكور منها ثلاثةٌ:

أحدها: الصيغة: أما الهبة فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ، كالبيع[٥] وسائر التمليكات.

وأما الهدية، فذهب ذاهبون إلى أنه لا حاجة فيها إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل البعث[٦] من جهة المهدي كالإيجاب، والقبض من جهة المهدى إليه كالقبول[٧]. واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها[٨]، ولا لفظ

---

(١) قوله: (يستحقر القليل) سقط من (هـ).

(٢) فِرْسن ـ بكسر الفاء والسين ـ: وهي للبعير كالحافر للدابة. وقال ابن حجر: «هو عُظيم قليل اللحم، ويطلق على الشاة مجازاً». انظر: «تاج العروس» فصل الفاء، باب النون (٩/ ٣٠٠) (الفِرْسِن)، «فتح الباري» (٥/ ١٩٨).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الهبات، باب الهبة وفضلها والتحريض عليها (٥/ ١٩٧) (٢٥٦٦). ومسلم، كتاب الزكاة، باب الحث على الصدقة ولو بالقليل (٧/ ١١٩).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (نثبتها).

(٥) «لأنه تمليك آدمي لآدمي» «المهذب» (١٥/ ٣٧٧).

(٦) قوله: (بل البعث) سقط من (هـ).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٠٣).

(٨) عن عائشة رضي الله عنها: «إن الناس كانوا يتحرون بهداياهم يوم عائشة، يبتغون بها ـ أو يبتغون بذلك =

هناك، وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار، ولذلك كانوا يبعثون بها[1] على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم. ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة والوصية، واعتذروا عما جرى بأن ذلك كان إباحةً لا تمليكًا. وأجاب صاحب «الشامل»: بأنه لو كان كذلك، لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن ما قبله النبي ﷺ كان يتصرف فيه، ويملكه غيره.

والوجه الثاني: هو ظاهر كلام الشيخ أبي حامد، والمتلقين عنه. لكن الذي عليه قرار المذهب بحسب فعل الأولين ونقل الأثبات من متأخري الأصحاب إنما هو الوجه الأول، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب»[2] و«التتمة»، واعتمده القاضي الروياني وغيرهم. ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول، على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ. ويقال: الأمر المشعر بالرضا قد يكون لفظًا[3]، وقد يكون فعلًا.

والصدقة كالهدية[4] بلا فرق.

= ـ مرضاة رسول الله ﷺ»، وعن أبي هريرة قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أتي بطعام سأل عنه: «أهدية أم صدقة؟»، فإن قيل: «صدقة»، قال لأصحابه: «كلوا» ولم يأكل، وإن قيل: «هدية»، ضرب بيده ﷺ فأكل معهم». أخرج الروايتين البخاري، كتاب الهبات، باب قبول الهدية (٥/ ٢٠٣) (٢٥٧٤)، (٢٥٧٦)، وكذا أخرج البخاري [عن أبي حميد الساعدي]: «وأهدى ملك أيلة للنبي ﷺ بغلة بيضاء، وكساهُ بُرْداً، وكتب له بِبَحْرِهِمْ». كتاب الجزية والموادعة، باب إذا وادع الإمام ملك القرية هل يكون ذلك لبقيتهم (٦/ ٢٦٦) (٣١٦١).

وعن أنس: «أن أُكيدر دُومَةَ أهدى إلى النبي ﷺ ثوب حرير، فأعطاه علياً فقال: شققه خُمُراً بين الفواطم». أخرجه مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم الذهب والحرير على الرجال وإباحته للنساء (١٤/ ٤٩ - ٥٠) واللفظ له. والبخاري كتاب الهبة، باب قبول الهدية من المشركين (٥/ ٢٣٠) (٢٦١٦). وأبو يعلى، مسند علي بن أبي طالب (١/ ٢٣٥) (٤٣٣).

(١) قوله: (بها) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٤٣ - ٥٤٤).

(٣) من قوله: (دون اللفظ) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (كالهبة).

وقوله في الكتاب[١]: (إلا في هدايا الأطعمة)، إنما خصَّ الأطعمة[٢] بالذكر اتِّباعًا للإمام[٣]، فإنه لما حكى عن بعض الأصحاب الاكتفاء بالفعل في الهدايا؛ أخذًا بما جرى عليه الأولون، اعترض عليهم بأن عادتهم إنما اطردت بذلك في الأطعمة دون غيرها من الأموال. لكن الصحيح أنه لا فرق، وأنهم كانوا يتهادون الأطعمة وغيرها. واشتهر وقوع الكسوة والدواب في هدايا الملوك إلى رسول الله ﷺ[٤]، وأن مارية أم ولده كانت من الهدايا[٥].

وقوله: (فقد قيل: إنه[٦] يكتفى بالمعاطاة)، لفظ المعاطاة بالحقيقة[٧] إنما يستمر في البيع، وحيث يوجد من الطرفين إعطاء. وأما هاهنا، فهو مؤول[٨] محمول على الإعطاء من طرفٍ والأخذ من طرف.

وحيث اعتبرنا الإيجاب والقبول، لم يجز التعليق بشرط ولا التأقيت[٩] كما في البيع.

---

(١) قوله: (في الكتاب) سقط من (هـ)، (ط العلمية).

(٢) قوله: (إنما خصَّ الأطعمة) سقط من (هـ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٠٩).

(٤) سبق ذكره (ص: ٣٣٤).

(٥) قال ابن حجر: «روى الحربي أيضاً وأبو بكر بن خزيمة وابن أبي عاصم من حديث بريدة: «أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله ﷺ جاريتين وبغلة، فكان يركب البغلة بالمدينة، وأخذ إحدى الجاريتين لنفسه فولدت له إبراهيم، ووهب الأخرى لحسان»» «التلخيص الحبير» (٣/ ٧١).

(٦) قوله: (إنه) سقط من (هـ).

(٧) في (ز)، (هـ): (في الحقيقة).

(٨) قوله: (مؤول) سقط من (ط العلمية).

(٩) في (ز): (التأقيت بشرط).

وفيهما وجه، نذكره في الفصل الواقع عقيب هذا الفصل. والمذهب الأول.

وكذا[١] لا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب، بل يعتبر التواصل المعتاد كما في البيع. وعن ابن سريج: أنه يجوز تأخير القبول عن الإيجاب[٢] كما في الوصية. وهذا الخلاف حكاه كثير من الأصحاب في الهبة. وصاحب «التتمة» خصصه بالهدية، ومنع[٣] التأخير في الهبة جزمًا. والقياس التسوية بينهما.

ثم في الهدايا التي يبعث بها[٤] من موضع إلى موضع إذا اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور: فإما أن يوكل الرسول[٥] ليوجب ويقبل المبعوث إليه. وإما أن[٦] يوجب المهدي، ويقبل المهدى إليه عند الوصول إليه[٧].

وإذا كانت الهبة ممن ليس له أهلية القبول كالطفل[٨]، فينظر: إن كان الواهب أجنبيًّا، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيّم. وإن كان الواهب من يلي أمره، فإن كان غير الأب والجد قبل له الحاكم، أو من ينيبه[٩]. وإن كان أبًا أو جدًّا، تولّى الطرفين.

وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول، أم يكتفى بأحدهما؟ فيه وجهان

---

(١) (كذا) في (ز)، وفي غيرها: (لذلك).

(٢) من قوله: (بل يعتبر) إلى هنا سقط من (ي)، (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (ومن).

(٤) قوله: (بها) سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (يوكل الرسول به).

(٦) قوله: (أن) سقط من (ي)، (هـ).

(٧) انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٤).

(٨) قال الشافعي: «ويقبض للطفل أبوه» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٤).

(٩) في (هـ): (نصبه).

كما سبق في البيع[١]. قال الإمام[٢]: وموضع الوجهين في سبق القبول ما إذا أتى بلفظ مستقل[٣]؛ بأن يقول: «اشتريت لطفلي» أو «اتهبت كذا»[٤]، أما قوله: «قبلت البيع» أو «الهبة»، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال[٥].

ولا اعتبار بقبول المتعهد الذي لا ولاية له على الطفل[٦]، خلافًا لأبي حنيفة[٧] رضي الله عنه.

وإذا وهب من عبد إنسان، فالمعتبر قبول العبد. وفي افتقاره إلى إذن السيد، خلاف تقدم[٨]. ولو وهب منه شيئًا فقبل في نصفه، أو عبدين فقبل في أحدهما، ففيه وجهان. والفرق بينه وبين البيع، أن البيع عقد معاوضة، وقد يتضرر البائع بالتبعيض؛ لانتقاص قيمة الباقي، والهبة بخلافه.

فروعٌ: في[٩] «زيادات الشيخ أبي عاصم»:

---

(١) انظر ما سلف (٥/ ٣٤٩)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٨)، «الحاوي» (٩/ ٤٠٤).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٠٩).

(٣) في (هـ): (بلفظ مستعمل مستقل).

(٤) قوله: (أو اتهبت كذا) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (بحال) سقط من (ي).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٨).

(٧) عند الحنفية: إن انعدم ولي الصبي - على مراتبه - يقبض له من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً، لأن له عليه ضرب ولاية، لأنه يؤدبه ويحفظه فيما لو أراد آخر أن ينتزعه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٦)، «المبسوط» (١٢/ ٦٢).

(٨) فيه وجهان. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).

(٩) في (ز): (عن).

الأول[١]: رجل في يده عبد، فقال لآخر: «اين تورا[٢]»، فهو هبة، يحتاج إلى القبول والقبض. ولو قال: «اين توراست[٣]»، فهو إقرار[٤]. ويشبه أن يكون جوابه في الحالة الأولى مبنيًّا على أن هذه العقود تنعقد بالكنايات.

الثاني: غرس أشجارًا في أرض، وقال عند الغراس: «أغرسه لابني»، لم يصر للابن. ولو قال: «جعلته لابني»، وهو صغير، صار له؛ لأن هبته منه لا تقتضي قبولاً، بخلاف ما لو جعله[٥] لبالغ. وهذا يلفت[٦] إلى ما ذكرنا من الانعقاد بالكنايات، وإلى أن هبة الأب من[٧] الابن الصغير، هل يكتفى فيها بأحد الشقين؟

الثالث: لو ختن ابنه، واتخذ دعوة، فحملت إليه الهدايا ولم يسَمِّ أصحابُها الأبَ ولا الابن، حكى فيه وجهين:

أحدهما: أنها للأب؛ لأنه الذي اتخذ الدعوة والخراج بالضمان.

والثاني: للابن؛ لأن الدعوة له اتخذت.

---

(١) في (ز)، (هـ): (أحدها)، وفي (ط العلمية): (أحدهما).

(٢) (اين تورا): في (ز)، وهي بمعنى: هذه لك. وفي (ط العلمية): (اين براست).

(٣) (اين توراست): في (ز)، (ي)، وهي بمعنى: هذه لي.
وفي «الفتاوى الخانية» (٣/ ٢٦٤): «لو قال بالفارسية: «اين غلام تراست»، يكون إقراراً. ولو قال: «اين غلام ترا»، يكون هبة». انظر: «الفتاوى الهندية» (٤/ ٣٧٥)، «الفتاوى البزازية» (٦/ ٢٣٤).
والمعنى: هذا الغلام لي أو ملكي، وهذا الغلام لك، أي خذه.

(٤) قوله: (إقرار) سقط من (هـ): (فراغ مكان الكلمة المذكورة).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (جعل).

(٦) (يلفت): في (هـ)، وفي غيرها فيه خلل.

(٧) قوله: (الأب من) سقط من (ي)، (ط العلمية)، وفي (هـ): (هبة الأب لابنه).

وفي «فتاوى صاحب الكتاب[١]»: أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئًا، يملكه، ولا يلزمه الصرف إليهم، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدى له[٢]. ولو لم يفِ، فلهم منعه من[٣] أن يظهر الجمع لهم والإنفاق عليهم. وإنما ملكه؛ لأنه ليس بوليٍّ ولا وكيل عنهم، كيف[٤] وليسوا بمتعينين[٥] بخلاف هدايا الختان.

قال:

(ولو قال: أعمَرتُك هذه الدّار، فإذا مِتَّ فهي لوَرَثتِك صحّ (م)؛ فإنه هبة. ولو اقتصرَ على قولِه: «أعمَرْتُك» لم يصحّ (ح م) على القولِ القديم؛ لأنها مُؤقَّتة. وعلى الجديد: يصحُّ ويتأبّدُ.

فإن قال: فإن مِتَّ عادَ إليّ فهو بالبُطلانِ أولى. وكذا الرُّقْبى بالبُطلانِ[٦] أَولى، وهُو أن يقول: «أرقَبتُك هذه الدار»، أو «جعلتُها لك[٧] رُقبى»، أو «وهبتُك على أنك إن مِتَّ قبلي عادَ إليّ، أو مِتُّ قبلَك استقرَّ عليك»[٨]).

---

(١) في (هـ): (القفال).

(٢) في (هـ): (إليه).

(٣) في (ي): (عن).

(٤) قوله: (كيف) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (بمعينين).

(٦) في (ط العلمية): (فهي بالبطلان).

(٧) قوله: (لك) سقط من (ي)، (ز).

(٨) في (ز)، (هـ): (لك).

كانت العرب في الجاهلية تستعمل لفظين وهما: العمرى والرقبى.

أما[١] العمرى[٢]، فمأخوذة من العمر، وصورتها أن يقول: «أعمرتك هذه الدار» مثلاً، أو «جعلتها لك عمرك» أو «حياتك» أو «ما عشت» أو «حييت» أو «ما[٣] بقيت»، وما يفيد هذا المعنى[٤]، ثم له أحوال:

إحداها: أن يقول مع ذلك: «فإذا مِتَّ، فهي لورثتك أو لعقبك»، فيصِحُّ، وهي الهبة بعينها[٥]، لكنه طول على نفسه. فإذا مات، فالدار لورثته. فإن لم يكونوا فلبيت المال، ولا يعود إلى المعمر[٦] بحال؛ لما روى جابر رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها، لا ترجع إلى الذي أعطاها؛ لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث»[٧].

وقال مالك[٨]: هذا التصرف ينصرف[٩] إلى المنافع؛ لأن تمليك الرقبة لا يتأَقَّتُ.

---

(١) قوله: (أما) سقط من (هـ).

(٢) العمرى: مصدر، مأخوذ من العمر، يقال: عمرته إياه وأعمرته، جعلته له عمره أو عمري. وهو ما يُجعل لك طول عمرك أو عمره. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الراء (٣/ ٤٢١) (عمر).
وشرعاً: قال ابن عرفة: «تمليك منفعةٍ حياة المعطى بغير عوض إنشاءً». «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٥٠).

(٣) قوله: (ما) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) و«سميت عمرى، لتملكه إياها مدة عمره وحياته». «الحاوي» ٩(/ ٤٠٦).

(٥) ويشترط فيها القبول والقبض. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٣٢).

(٦) في (هـ): (للمعمر).

(٧) أخرجه مسلم واللفظ له، كتاب الهبات، باب العُمْرَى (١١/ ٦٩). وأخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب ما قيل في العمرى والرقبى (٥/ ٢٣٨) (٢٦٢٥). وأبو داود، كتاب البيوع، باب في العمرى (٤/ ٢٩٤) (٣٥٥١).

(٨) «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٦١)، «الشرح الكبير» (٤/ ١٠٨).
والعمرى عندهم متعلق بالمنافع دون الرقبة، وذلك لأنه تعليق للملك بوقت معين ينتهي إليه، وهذا يقتضي تمليك المنافع دون الرقبة. انظر: «المنتقى» (٦/ ١٢٠).

(٩) في (ط العلمية): (منصرف).

فإذا مات المعمر ولا ورثة له، رجعت إلى المعمر. وكذا إن كان له ورثة فانقرضوا، ولا يكون لبيت المال.

الثانية: إذا اقتصر على قوله: «جعلتها لك عمرك»، ولم يتعرض لما بعده، ففيه قولان[١]:

الجديد ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] رضي الله عنه وأحمد[٣] ـ: أنه يصح، وحكمه حكم الهبة[٤]؛ لما روي أنه ﷺ قال: «العمرى ميراث لأهلها»[٥]. وعن جابر أن النبي ﷺ قال: «لا تعمروا ولا ترقبوا، فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فسبيله سبيل الميراث»[٦]. قال الأئمة: هذا نهي إرشاد، معناه[٧]: لا تعمروا[٨] طمعًا في أن يعود إليكم، واعلموا أن سبيله الميراث. ولأن ملك كل واحد[٩] يتقدر بحياته، وليس في جعله له[١٠] مدة

---

(١) في (ز): (وجهان).

(٢) «المبسوط» (١٢/ ٥٨)، «الهداية» (٩/ ٢٤ - ٢٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٦)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٦٠).

(٣) «الكافي» (٢/ ٤٧٢)، «الإنصاف» (٧/ ١٣٤)، «المغني» (٦/ ٣٣٤ - ٣٣٥).

(٤) وصححه في «الحاوي» (٩/ ٤٠٩)، و«المهذب» (١٥/ ٣٩١)، و«التهذيب» (٤/ ٥٣٣).

(٥) أخرجه مسلم، كتاب الهبات، باب العمرى (١١/ ٧٣).
ومن طريق أبي هريرة، أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» مسند أبي هريرة (٢/ ٤٢٩).

(٦) أخرجه البيهقي بلفظ: «فهو سبيل الميراث» كتاب الهبات، باب الرقبى (٦/ ١٧٥). وأبو داود، كتاب البيوع، باب من قال فيه ولعقبه (٣/ ٢٩٥) (٣٥٥٦). والنسائي، كتاب العمرى، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى (٦/ ٢٧٣). قال ابن حجر: «صححه أبو الفتح القشيري على شرطهما» «التلخيص الحبير» (٣/ ٧١) (١٣٢١).

(٧) من قوله: (لا تعمروا) إلى هنا سقط من (ي).

(٨) في (هـ): (لا تعمروا ولا ترقبوا).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (أحد).

(١٠) من قوله: (له) سقط من (هـ).

حياته ما ينافي[١] انتقاله إلى ورثته من بعده، بل هو شرط للانتقال.

والقديم[٢]: أنه ليس كذلك؛ لما روي عن جابر رضي الله عنه، أنه قال: «إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ، أن يقول: هي لك ولعقبك»[٣]. واختلفوا في كيفية القول القديم: والظاهر ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن العقد باطل من أصله؛ لأنه تمليك عين قدره بمدة، فأشبه ما إذا قال: «وهبت منك»[٤]، أو «أعمرتك سنة».

وعن أبي إسحاق: أن في القديم تكون الدار للمعمر حياته، فإذا مات عادت إلى المعمر[٥] أو ورثته كما شرط. واحتج له بقوله في الحديث السابق: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه من بعده»[٦]، شرط في قطع الرجوع أن يعمر له ولعقبه من بعده.

وفي «التهذيب»[٧]: أن أبا إسحاق قال في القديم: إنها تكون عارية متى شاء استردها، فإذا مات عادت إلى المعمر. وهذا قريب من مذهب مالك، وهو أن منافع الدار للمعمر حياته، فإذا مات، عادت إلى المعمر، إلا أن العارية المؤقتة عنده لازمة، فليس له الرجوع متى شاء.

وإذا جمعت بين الروايات، حصل في المسألة أربعة أقوال، وظاهر المذهب منها الجديد، ويليه في الظهور من روايات القديم بالبطلان.

---

(١) في (ط العلمية): (مانعاً في).

(٢) رواه الزعفراني. «الحاوي» (٩/ ٤٠٩).

(٣) في (ي)، (ز)، (ط العلمية): (من بعدك). والوارد في الحديث يؤكد ما أسقطته.
والحديث: أخرجه مسلم، كتاب الهبات، باب العمرى (١١/ ٧١).

(٤) من قوله: (أن العقد) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) من قوله: (فإذا مات) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) سبق تخريجه قريباً ص٣٤١ من هذا الجزء.

(٧) «التهذيب» (٤/ ٥٣٣).

الثالثة: إذا قال: «جعلتها لك عمرك، فإذا متَّ عادت إلي»، أو «إلى ورثتي إن متُّ»، فإن حكمنا بالبطلان في صورة الإطلاق، فهاهنا أولى. وإن قلنا بالصحة والعود إلى المعمر، فكذلك هاهنا، وليس فيه إلا التصريح بمقتضى الإطلاق.

وإن قلنا بالجديد، وهو الصحة والتأبيد، فوجهان:

أحدهما: البطلان؛ لأنه شرط ما يخالف مقتضى الملك، فإن من[1] ملك شيئًا، صار بعد موته لورثته.

والثاني: يصح ويلغو الشرط؛ فإنه لم يشترط على المعمر شيئًا، ولا قطع ملكه عليه، إنما شرط العود عليه بعد الموت، وحينئذ قد[2] صار الملك للورثة.

والوجه الأول أسبق إلى الفهم، وقد رجحه القاضي ابن كجٍّ وصاحب «التتمة»[3]. لكن الأكثرين أجابوا بالثاني[4]، وسوَّوْا بين هذه الحالة وحالة الإطلاق، كأنهم أخذوا بإطلاق الأخبار، وعدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة.

والحاصل مما ذكرنا عند الاختصار طريقان: أحدهما: طرد الخلاف.

والثاني: التقاء الجديدِ والظاهرِ من روايات القديم، واتفاقُهما على البطلان.

وأما الرقبى[5]، فهي أن يقول: «وهبت منك هذه الدار عمرك، على أنك إن

---

(١) قوله: (من) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (قد) سقط من (ي)، وفي (هـ): (فقد).

(٣) وكذا قطع به الماوردي. انظر «الحاوي» (٩/ ٤٠٨).

(٤) منهم صاحب «التهذيب» (٤/ ٥٣٤).

(٥) الرقبى ـ كبشرى ـ: اسم مأخوذ من المراقبة، يقال: رقبه يرقبه رقبة بالكسر ورقوباً بالضم، أي رصده وانتظره، كترقبه وارتقبه. يقال: أرقبته داراً أو أرضاً إذا أعطيته إيّاها فكانت للباقي منكما، وسميت بذلك لأن كل واحد منهما يراقب موت صاحبه. انظر: «تاج العروس» فصل الراء، باب الباء (١/ ٢٧٥) (رقب).=

متَّ قبلي عادت إليّ، وإن متُّ قبلك استقرت عليك»، أو «جعلت هذه الدار لك رقبى»[١]، أو «أرقبتها لك»[٢]. وهي مأخوذة من الرقوب[٣]، كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه. والحكم فيها كالحكم في الحالة الثالثة من العمرى[٤]؛ لأن قوله: «إن متُّ قبلك استقرت عليك»، لا أثر له في المنع، فيبقى قوله: «إن متَّ قبلي عادت إليّ»، فيحصل فيه طريقان:

أحدهما: القطع بالبطلان.

وأظهرهما: طرد القولين[٥]، فعلى الجديد: يصحُّ، ويلغو الشرط لقول الرسول ﷺ: «لا تعمروا ولا ترقبوا» الحديث[٦].

والقديم: البطلان، أو الصحة والترقب.

وعند أبي حنيفة[٧]: الرقبى لا يملك بها، وإنما هي عارية، وللمرقب الرجوع متى شاء.

= وشرعاً: قال ابن عرفة: «تحبيس رجلين داراً بينهما، على أن من مات منهما فحظه حبسٌ على الآخر» «شرح حدود ابن عرفة» ص٥٥١.

(١) في (ز) ـ بعد هذه العبارة ـ: (أو أرقبتك هذه الدار).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٩٢)، «التهذيب» (٤/ ٥٣٤)، «الحاوي» (٩/ ٤١١).

(٣) في (ي): (الرقيب).

(٤) قوله: (من العمرى) سقط من (هـ).

(٥) كذا في «الحاوي» (٩/ ٤١١)، و«المهذب» (١٥/ ٣٩٢)، و«التهذيب» (٤/ ٥٣٤).

(٦) سبق تخريجه قريباً ص٣٤٢ من هذا الجزء.

(٧) لا يملك بها، لأنها تعليق التمليك بالخطر وهذا باطل، وتكون عارية، لأنها تتضمن إطلاق الانتفاع. انظر: «الهداية» (٩/ ٥٥)، «المبسوط» (١٢/ ٨٩).

وقال أحمد[1]: تصح الرقبى كالعمرى، وفي صحة شرط الرجوع إلى الواهب روايتان عنه.

التفريع:

إن صححنا العمرى والرقبى، وألغينا الشرط، تصرف الْمعمَر في المال كيف شاء. وإن أبطلنا العقد وجعلناه[2] عارية، فلا يخفى أنه ليس له التصرف بالبيع ونحوه. وإن قلنا بصحة العقد والشرط، فلو باع المعمر، ثم مات، ذكر الإمام[3] فيه احتمالين:

أظهرهما عنده: أننا لا ننفذ البيع؛ لأن مقتضى البيع التأبيد، وهو لم يملكه إلا مؤقَّتًا، فكيف يملك غيره ما لم يملكه[4]؟

والثاني: تنفيذه، كبيع العبد المعلق عتقه على صفة[5] قبل وجود الصفة. وهذا ما أجاب به القاضي ابن كجٍّ؛ وعلل بأنه مالك في الحال، والرجوع أمر يحدث بعد الموت، وشبهه برجوع نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق[6] قبل الدخول، وبرجوع الوالد في الهبة من الولد، وهو بالأول أشبه؛ لأنه لا يتعلق بفعله[7] واختياره.

وإذا قلنا بصحة بيعه، فيشبه أن يرجع المعمر في تركته بالغرم رجوع الزوج، إذا طلق بعد خروج الصداق عن ملكها.

---

(١) «الكافي» (٢/ ٤٧٣)، «الإنصاف» (٧/ ١٣٤)، «المبدع» (٥/ ٣٦٨ - ٣٦٩).

(٢) (وجعلناه): في (هـ)، وفي غيرها: (أو جعلناه).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٢٢).

(٤) في (ز): (ما لا يملكه).

(٥) قوله: (على صفة) زيادة في (هـ).

(٦) قوله: (بالطلاق) سقط من (ز).

(٧) في (هـ): (بعمله).

قال الإمام[١]: وفي رجوع المال إلى ورثة المعمر إذا مات قبل المعمر، استبعاد؛ لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث، لكنه كما لو نصب شبكة، فتعقل[٢] بها صيد بعد موته، يكون الملك فيه للورثة.

والصحيح أنه تركة تقضى منها الديون، وتنفذ الوصايا.

ولو قال: «جعلت هذه الدار لك عمري» أو «حياتي»، فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو قال[٣]: «عمرك» أو «حياتك»؛ لشمول اسم العمرى[٤].

وأظهرهما: المنع[٥]؛ لخروجه عن اللفظ المعهود في الباب. ولما فيه من تأقيت الملك؛ لجواز موت المعمر قبله. بخلاف ما إذا قال: «عمرك» أو «حياتك»؛ لأن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته، فلا تأقيت فيه.

وأجري الخلاف فيما إذا قال: «جعلتها لك عمر فلان». وخرّج من تصحيح العقد[٦] وإلغاء الشرط في هذه الصورة، وجه: أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة. وطرد ذلك في الوقف أيضًا. ثم منهم من خصص الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات، مثل أن يقول: «وهبت منك سنة[٧]»، أو «وقفتها سنة». ومنهم من طرده في كلّ شرط، كقوله: «وهبتك[٨]، بشرط ألا تبيعه إذا قبضته»، وما أشبه

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٢١).

(٢) تعقل: يقال: عقل الدواء بطنه يعقله، أي أمسكه، وعقل البعير يعقله عقلًا إذا شد وظيفه إلى ذراعه. بأن تثنى وظيفه مع ذراعه فتشدهما جميعاً في وسط الذراع. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب اللام (٩/ ٢٦) (عقل).

(٣) من قوله: (أو حياتي) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) من قوله: (أحدهما) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) وذكر الماوردي: أنه المذهب. «الحاوي» (٩/ ٤١١).

(٦) قوله: (العقد) سقط من (ي).

(٧) قوله: (سنة) سقط من (ي).

(٨) في (ز)، (هـ): (وهبت منك).

ذلك. وفرقوا بين البيع والهبة والوقف، بأن الشرط في البيع يورث[١] جهالة الثمن، ويلزم من جهالة الثمن فساد البيع.

وهذا إذا قلنا بالصحيح، وهو فساد البيع بالشروط الفاسدة، على أنا حكينا في البيع قولاً أيضًا[٢].

وظاهر المذهب: فساد الهبة والوقف بالشروط التي يفسد بها البيع، بخلاف العمرى؛ لما فيها من الأخبار.

ولو باع على صورة العمرى، فقال: «ملكتك بعشرة عمرك»: قال القاضي ابن كجٍّ: لا يبعد عندي جوازه؛ تفريعًا على الجديد. وقال أبو علي الطبري: لا يجوز؛ لأنه تطرق الجهالة إلى الثمن.

ولا يجوز تعليق العمرى[٣]، بأن يقول: «إذا مات[٤]» أو «قدم فلان» أو «جاء رأس الشهر، فقد أعمرتك هذه الدار» أو «فهذه الدار لك عمرك».

نعم، لو علق بموته فقال: «إذا متُّ، فهذه الدار لك عمرك»، فهذه وصية يعتبر خروجها من الثلث. ولو قال: «إذا متُّ فهي لك عمرك، فإذا متَّ عادت إلى ورثتي»، فهي وصية منه[٥] بالعمرى[٦] على صورة الحالة الثالثة.

ولو جعل رجلان كل واحد منهما «داره للآخر عمره، على أنه إن مات قبله عاد[٧]

---

(١) في (هـ): (يوجب).

(٢) قوله: (ايضاً) سقط من (هـ).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٣٥).

(٤) في (ز): (مت).

(٥) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٦) فإذا قبل المعمر كان له بعد موت الموصي، ثم لورثته، ويبطل شرط الرجوع إلى وارث الموصي. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٣٥).

(٧) قوله: (عاد) سقط من (هـ).

إلى صاحب الدار»، فهذه رقبى من الجانبين. ولو قال: «داري لك عمرك، فإذا متَّ فهي لزيد»، أو «عبدي لك عمرك، فإذا متَّ فهو حرٌّ»، تصح[١] العمرى على قوله[٢] الجديد، ويلغو[٣] المذكور بعدها. والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (صحّ؛ فإنه هبة)، يجوز إعلامه بالميم؛ لأنه يجعله عارية كما تقدم.

وقوله: (لم يصح على القول[٤] القديم؛ لأنها مؤقتة. وعلى الجديد: يصحُّ ويتأبّد) هكذا الصواب، وفي[٥] أكثر[٦] النسخ، سيما القديمة منها عكس ذلك.

ويجوز أن يعلم قوله: (لم يصح)، بالحاء والميم[٧] والألف، وبالواو أيضًا؛ لما حكيناه عن الشيخ[٨] أبي إسحاق: أن القديم كون المال للمعمر، ورجوعه بعد موته إلى المعمر.

وقوله: (فإن متّ عاد إليّ، فهو بالبطلان أولى)، الغرض منه: أن البطلان هاهنا أظهر منه في صورة الإطلاق على ما هو دأب الترتيب، لا ترجيح البطلان[٩] على الصحة المقابلة له، بل الأظهر ـ عند الأكثرين ـ: الصحة، على ما بيَّنَّا، وكذلك في الرقبى. والله عزّ وجلَّ أعلم.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (صح).

(٢) (له): في (ز)، وفي غيرها: (لنا).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (ولغا).

(٤) لفظة (القول) سقطت من (ز).

(٥) من قوله: (وقوله) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) في (ي): (وأكثر).

(٧) قوله: (والميم) سقط من (ي)، (ز).

(٨) قوله: (الشيخ) سقط من (ز).

(٩) من قوله: (هاهنا) إلى هنا سقط من (هـ).

قال:

(الرُّكن[١] الثاني: المَوْهُوب:

وما جازَ بيعُه جازَت هبتُه، ولا[٢] يَمتَنِعُ بالشيوعِ، وإن قَبِلَ القسمة (ح). ولا تصحُّ (م) هبةُ المجهولِ والآبِق. وفي هبةِ الكلب خلافٌ (و). وهبةُ المرهونِ هل تُفِيدُ المِلْكَ عندَ اتِّفاقِ انفِكاكِهِ؟ فيه خلافٌ (و). وهبةُ الدَّينِ لا تصحُّ (و) كما لا يصحُّ رَهْنُه؛ إذ القبضُ فيه غيرُ ممكن).

الركن الثاني: الموهوب، وهو معتبر بالبيع، فإن الهبة تمليك ناجز[٣] كالبيع، فما جاز بيعه جازت هبته[٤]، وما لا يجوز بيعه من مجهول أو معجوز عن تسليمه، لا تجوز هبته، هذا هو الغالب، وربما اختلفا في الأقلِّ. وفي التفصيل[٥] صور:

منها: الشائع تجوز هبته، كما يجوز بيعه[٦]، ولا فرق بين المنقسم وغيره، ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره[٧]، وبه قال مالك[٨] وأحمد[٩].

---

(١) قوله: (الركن) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (ي): (ولا)، وفي غيرها: (فلا).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (بأجرة).

(٤) فيشترط أن يكون مملوكاً، معلوماً، حاضراً، لا يمنع من نقل ملكه مانع. انظر: «الحاوي» (٩/ ٣٩٩).

(٥) في (هـ): (الفصل).

(٦) قوله: (كما يجوز بيعه) سقط من (هـ).

(٧) «ويكون قبضه بقبض الكل» «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).

(٨) «المنتقى» (٦/ ١٢٧)، «مواهب الجليل» (٦/ ٥١).

(٩) «المحرر» (١/ ٣٧٤)، «الكافي» (٢/ ٤٦٦)، «الإنصاف» (٧/ ١٣١).

وعند أبي حنيفة[١] رضي الله عنه: لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك، وبالغ فقال: لو وهب الشيء المنقسم من اثنين، لم يصح أيضًا.

وتجوز هبة الأرض المزروعة دون الزرع[٢]، وبالعكس[٣]، خلافًا لأبي حنيفة[٤] رضي الله عنه أيضًا.

وإذا وهب من اثنين، فقبل أحدهما في نصفه، فوجهان، كما في البيع[٥]، وجواب صاحب[٦] «الشامل» منهما[٧]: التصحيح.

ومنها: لا يجوز هبة المجهول[٨] كبيعه، وعن مالك[٩] صحتها.

---

(١) عند الحنفية: لا تصح هبة المشاع القابل للقسمة عند الحنفية سواء للشريك أم لغيره، وذلك لأن القبض شرط لجواز الهبة والشيوع يمنع من القبض.
وقولهم بعدم الصحة، بمعنى أن الهبة حينئذ عقد موقوف نفاذه على القسمة والقبض بعد القسمة، فإن تحقق ذلك صحت.
أما المشاع الذي لا يُقسم، فهبته جائزة عندهم. انظر: «المبسوط» (١٢/ ٦٤، ٦٦)، «الهداية» (٩/ ٢٧، ٣١، ٣٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٩، ١٢٠، ١٢١)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٦٢).

(٢) في (ز): (الأرض).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).

(٤) وهذا لأن الأرض المزروعة بمنزلة المشاع للاتصال بين الأرض والزرع، وهذا يمنع القبض، والقبض كما تقدم شرط لجواز الهبة عندهم. انظر: «المبسوط» (١٢/ ٧١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٥)، «الهداية» (٩/ ٣٢).

(٥) في هذه المسألة، وهي فيما لو باع رجل رجلين عبداً صفقة واحدة فقبل أحدهما دون الآخر، وجهان: أحدهما: يصح، كما لو كان البيع صفقتين. وأصحهما: لا يصح، لأن الإيجاب وقع جملة، وهذا يقتضي جوابهما جميعاً. انظر ما سلف (٦/ ١٠٢).

(٦) قوله: (صاحب) سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (فيهما).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).

(٩) تجوز هبة المجهول عند المالكية سواء كان مجهول العين أم القدر. انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٩٩)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٥١).

ومنها: لا تجوز هبة الآبق والضال[١]. وتجوز هبة المغصوب من غير الغاصب، إن قدر على الانتزاع، وإلا فوجهان سنذكر مأخذهما إن شاء الله تعالى. وأما الهبة من الغاصب، فقد ذكرنا حكمها في الرهن[٢]. وتجوز هبة المستعار من غير المستعير، ثم إذا قبض الموهوب منه بالإذن، برئ الغاصب والمستعير من الضمان. وتجوز هبة المستأجر من غير المستأجِر[٣] إن جوزنا بيعه، وإلا ففيها الوجهان.

ثم ذكر الشيخ أبو حامد وغيره: أنه لو وكل الموهوب منه الغاصب أو المستعير أو المستأجر بقبض ما في يده من نفسه وقبل، صحَّ. وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض، بَرِئَ الغاصب والمستعير من الضمان. وهذا يخالف الأصل المشهور في أن الشخص الواحد[٤] لا يكون قابضًا ومقبضًا.

ومنها: في هبة المرهون وجهان، إن اعتبرناها انتظرنا: فإن بيع في الرهن، بان[٥] بطلان الهبة. وإن انفك الرهن، فللواهب الخيار في الإقباض[٦].

والوجهان في هذه الصور[٧] كلها تُوجه:

أحدهما ـ وهو الأظهر ـ بالقياس على البيع.

---

(١) لأنه غير مقدور على تسليمه. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٢٩)، «الوسيط» (٤/ ٢٦٨).

(٢) انظر ما سلف (٧/ ١١-١٣).

(٣) قوله: (من غير المستأجر) سقط من (ز).

(٤) في (هـ): (الغاصب).

(٥) في (ط العلمية): (بأن).

(٦) الراهن ممنوع من هبة المرهون بعد قبض المرتهن، إلا أن يأذن له المرتهن، وحينئذ يبطل حقه من الرهن. انظر ما سلف (٧/ ٢٧، ٤٨). انظر: (المسألة المذكورة في النص) في «الوسيط» (٤/ ٢٦٨).

(٧) في (ز): (الصور)، وفي غيرها: (الصورة).

والثاني: بأن الهبة(١) لا تفيد الملك في الحال، بل يشترط له التسليم، وليست هي بموجبة للتسليم حتى تُمتنع فيما يمتنع(٢) تسليمه، فيحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع.

ومنها: في هبة الكلب وجهان عن رواية الشيخ أبي علي وغيره:

أظهرهما ـ وبه قطع الشيخ أبو محمد ـ: المنع، كالبيع.

وثانيهما: الصحة؛ تنزيلاً للهبة منزلة الوصية(٣).

وهما جاريان في جلد الميتة قبل الدباغ، وفي الخمور المحترمة(٤). قال الإمام(٥): وحق من جوّز الهبة فيها أن يجوزها في المجاهيل وفي الآبق، كالوصية.

ومنها: هبة الدين(٦)، وهي إما أن تفرض ممن عليه الدين أو من غيره: فإن وهب ممن(٧) عليه الدين(٨)، فهو إبراء، فإن قلنا باعتبار القبول في الإبراء على ما أسلفنا حكايته عن ابن سريج، فإذا جرى بلفظ الهبة، كان أولى. وإن قلنا: لا يعتبر، فوجهان:

إن نظرنا إلى اللفظ اعتبرناه، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة.

وإن نظرنا إلى المعنى فلا، قال في «الشامل» وهو المذهب.

---

(١) في (هـ)، (ط العلمية): (البيع).

(٢) قوله: (فيما يمتنع) من (ي).

(٣) «وهو نقل اختصاص، وإنما الخبيث ثمنه» «الوسيط» (٤/ ٢٦٨).

(٤) في (ط العلمية): (المحرمة).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤١٢).

(٦) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٦٨ - ٢٦٩)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).

(٧) في (هـ): (من).

(٨) قوله: (الدين) سقط من (ز).

وإن وهب من غير من عليه الدين[١]، فيبنى على الخلاف في بيع الدين من غير من عليه: إن أبطلناه، فكذلك الهبة، وهو الأصح وإن صححناه، ففي الهبة وجهان كما ذكرنا في رهن الدين[٢]، فإن صححنا، فهل يفتقر لزومها إلى قبض الدين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ على قياس الهبات.

والثاني: أنه لا حاجة إلى القبض، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يلزم بنفس[٣] الإيجاب والقبول، كالحوالة؛ لأن المقصود أن يصير المُتَّهِبُ بعد الهبة كالواهب قبلها، والواهب كان مستحقًّا من غير قبض.

والثاني: أنه لا بد من تسليطٍ بعد العقد، وإذنٍ مجدد، ويكون ذلك كالتخلية في الأعيان التي لا يمكن نقلها.

وإذا فرعنا على أنه يجوز رهن الدين، افتقر لزومه إلى القبض لا محالة؛ لأنه لا يفيد انتقال الملك والاستحقاق.

فرعٌ:

عن صاحب «التقريب»: من عليه الزكاة، لو وهب دينه على المسكين بنية الزكاة[٤]، لم يقع الموقع؛ لأنه إبراء وليس بتمليك، وإقامة الإبراء مقام التمليك إبدال، وإنه غير جائز في الزكوات.

---

(١) قوله: (الدين) زيادة في (ز).

(٢) انظر ما سلف (٦/ ٥٠٤).

(٣) في (هـ): (على وجه).

(٤) في (ز): (منه بنية الزكاة)، وفي (ي): (في الزكاة).

ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه الدين[١] تُنزَّل منزلة التمليك، أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا[٢] خرج اعتبار القبول فيها، فإن أعطيناها حكم التمليك[٣]، وجب أن يقع الموقع.

ولو كان الدين على غيره، فوهبه من المسكين[٤] بنية الزكاة، وقلنا: تصح الهبة[٥] ولا يعتبر القبض، وقع عن الزكاة، والمستحق يطالب المديون به. والله أعلم.

قال:

(الثّالث: القَبْض.

وبه يحصلُ (م و) المِلْك، فإن ماتَ الواهبُ قبلَ القَبْض تخيَّرَ الوارثُ في الإقباض. وقيل: ينفسخ؛ كالوَكالة وكما قبلَ القَبول. ولو قبَضَه المُـتَّهِبُ دون إذنِ الواهبِ لم يحصُل المِلْك).

الرُّكنُ الثالث: القبض، ولا يحصل الملك في الهبات والهدايا إلا بعد حصول القبض. رُوِيَ أن أبا بكر رضي الله عنه نحل عائشة رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقًا، فلما مرض قال: «وددت أنك حزتيه[٦] أو قبضتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث»[٧]. ولولا توقف الملك على القبض، لما قال: «إنه مال الوارث».

---

(١) قوله: (الدين) سقط من (ي).

(٢) في (ز): (ذلك).

(٣) في (ز): (التمليكات).

(٤) في (ط العلمية): (للمسكين).

(٥) قوله: (الهبة) سقط من (ي)، (هـ).

(٦) حزتيه: الحوز: الجمع وضم الشيء، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك فقد حازه حوزاً وحيازة. انظر: «تاج العروس» فصل الحاء، باب الزاي (٤/ ٢٩) (حوز).

(٧) أخرجه مالك في «الموطأ» (مطولًا) كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل ص٥٣٣ (١٤٣٤). وكذا البيهقي، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة (٦/ ١٦٩ - ١٧٠).

وفيه دليل على أن الإقباض في مرض الموت من الوارث بمثابة الهبة منه[١]. هذا ظاهر المذهب[٢]، وبه قال أبو حنيفة[٣]، وفيه قولان آخران:

أحدهما ـ ويحكى عن رواية عيسى بن أبان[٤] عن القديم ـ أنه يحصل الملك بنفس العقد، وبه قال مالك كالوقف[٥].

والثاني: أن الملك موقوف إلى[٦] أن يوجد القبض، فإذا وجد تبينًا حصول الملك من وقت[٧] العقد[٨]. وهذا مخرج مما ذكرنا في زكاة الفطر[٩]: أنه لو وهب عبدًا في آخر رمضان، وقبضه[١٠] بعد غروب الشمس، كانت الفطرة على الموهوب له[١١].

---

(١) قوله: (منه) سقط من (ي).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٠١)، «المهذب» (١٥/ ٣٧٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٢٧).

(٣) «المبسوط» (١٢/ ١٠٢). وذلك: لأن المعنى الذي لا تتم الهبة من الصحيح إلّا به وهو القبض، موجود في حق المريض، فتصح.

(٤) عيسى بن أبان: عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي أبو موسى. كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي. تفقه على محمد بن الحسن، وعليه أبو خازم القاضي عبد الحميد، أستاذ الطحاوي. استخلفه القاضي يحى بن أكثم على قضاء العسكر، ثم تولى القضاء بالبصرة، فلم يزل عليه حتى مات. توفي بالبصرة في محرم سنة (٢٢١هـ). انظر: «الفوائد البهية» ص١٥١، «طبقات الفقهاء» ص١٣٧.

(٥) تُملك الهبة عند المالكية بالعقد على المشهور، وتتم بالحيازة. قال ابن عبد السلام: القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط.
وعند المالكية أيضاً: أن هبة المريض في المرض تصح في الثلث، وهي كالوصية لا يكون قبضها إلا بعد الموت. انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٩٨، ١٠٠ - ١٠١)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٥١، ٥٣ - ٥٤)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص٥٢٨، «المنتقى» (٦/ ٩٤).

(٦) في (هـ): (على).

(٧) في (ط العلمية): (وقف).

(٨) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٦٩).

(٩) انظر ما سلف (٤/ ٣٣٨ - ٣٤٠).

(١٠) أي وقبضه الموهوب له.

(١١) قوله: (له) سقط من (ي).

ومن قال بالأول[١]، قال: هذا تفريع منه على مذهب مالك.

وقال أحمد[٢]: إذا وهب قفيزًا من صبرة أو درهماً من دراهم، فلا بد من القبض، وإن وهب معيَّنًا كالثوب والعبد، فأصحُّ الروايتين: أن الملك لا يفتقر إلى القبض.

ويتفرع على الأقوال، أن الزيادات الحادثة بين العقد والقبض لمن تكون؟

ولو باع الواهب ما وهبه من إنسان قبل القبض، حكى الشيخ أبو حامد: أنه إن كان يعتقد أن الهبة غير تامة، صحَّ البيع وبطلت الهبة. وإن كان يعتقد تمامها وانتقال الملك بنفس العقد، ففي صحة البيع قولان كالقولين[٣] فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فبان ميتًا.

ولو مات الواهب أو المتهب بين العقد والقبض فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ العقد؛ لجوازه كالشركة[٤] والوكالة.

وأصحُّهُما: المنع[٥]؛ لأنه يؤول إلى اللزوم كالبيع الجائز، بخلاف الشركة والوكالة. فعلى هذا، إن مات الواهب، يخير الوارث[٦] في الإقباض، وإن مات المتهب قبض وارثه، إن أقبضه الواهب.

---

(١) في (هـ)، (ط العلمية): (بالوقف).

(٢) عند الحنابلة: أن الهبة تصح بمجرد العقد - في المذهب - لكنها لا تلزم ولا يثبت ملك الموهوب له في الهبة إن كانت من المكيل أو الموزون إلا بالقبض، وكذا لو كانت من غيره في المذهب. ولهم في هذه المسألة روايات متعددة. وما ذكره الرافعي هو اختيار ابن عقيل، وقال: هي المذهب، وقال ابن مفلح: واختاره الأكثر. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٦٦ - ٤٦٧)، «المحرر» (١/ ٣٧٤)، «المبدع» (٥/ ٣٦٣)، «الإنصاف» (٧/ ١١٩ - ١٢٠)، «كشاف القناع» (٤/ ٣٠١).

(٣) أصحهما: أن البيع صحيح، لصدوره من المالك. انظر ما سلف (٥/ ٣٨١).

(٤) في (ط العلمية): (التركة).

(٥) ورجحه في المذهب. (١٥/ ٣٧٧ - ٣٧٨)، و«الوسيط» (٤/ ٢٧٠)، و«التهذيب» (٤/ ٥٢٨).

(٦) في (هـ): (وارث الواهب).

ويجري الخلاف فيما إذا جُنَّ أحدهما أو أغمي عليه.

والقبض المستعقب للملك هو المقرون بإذن الواهب[١]، فلو قبض من غير إذنه، لم يملكه، ويدخل في ضمانه. ولا فرق بين أن يقبض في مجلس العقد أو بعده.

وقال أبو حنيفة[٢] رضي الله عنه: إذا قبضه في المجلس بغير إذنه ملكه، وإن تأخر عن المجلس احتاج إلى الإذن.

لنا: قياس الحالة الأولى على الثانية.

ولو كان الموهوب في يد الموهوب منه، فالحكم كما مرَّ في كتاب الرهن[٣].

ولو أذن في القبض ثم رجع عنه قبل القبض، لم يصح القبض، وكذا لو أذن ثم مات الآذن أو المأذون له قبل القبض، بطل الإذن.

ولو بعث هدية إلى إنسان، فمات الُمهدَى إليه[٤] قبل وصولها إليه، بقيت الهدية على ملك المُهدي. ولو مات المهدي، لم يكن للرسول حملها إلى المهدى إليه. وكذا القادم من السفر، إذا ابتاع لأصدقائه تحفاً[٥] ومات قبل وصولها إليهم، فهي ميراث.

---

(١) لأن الرضا معتبر في القبض، فلا يصح إلا بإذن الواهب. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٠٢).

(٢) عند الحنفية: إن كان الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له بغير إذنه، ملكه استحساناً، لأن عدم اعتراض الواهب على القبض، إذن بالقبض دلالة. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٤)، «الهداية» (٩/ ٢١)، «المبسوط» (١٢/ ٥٧).

(٣) يُشترط مضي إمكان القبض حتى يحصل الملك. وظاهر النصّ: أنه يحصل القبض من غير إذن جديد. وقال البغوي: يشترط الإذن في القبض. انظر ما سلف (٧/ ٦-٧)، «الحاوي» (٩/ ٤٠٢ - ٤٠٣)، «التهذيب» (٤/ ١٩، ٥٢٨).

(٤) قوله: (إليه) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (هدايا).

والتحف: مفرده تحفة بالضم، وهي: ما أتحفت به الرجل من البر واللطف. انظر: «تاج العروس» فصل التاء، باب الفاء (٦/ ٤٩) (أتحف).

وكيفية القبض في العقار والمنقول[١]، كما قدمناه في البيع[٢]، وحكينا ثَمَّ قولًا: أن التخلية في المنقولات[٣] قبض. قال في «التتمة»: لا جريان لذلك القول هاهنا. والفرق أن القبض في البيع مستحق وللمشتري المطالبة به[٤]، فجاز أن يجعل بالتمكن قابضًا. وفي الهبة القبض غير مستحق، فاعتبر تحقيقه، ولم يكتف بالوضع بين يديه. ولهذا، لو أتلف المتهب الموهوب لم يصر قابضًا، بخلاف المشتري إذا أتلف المبيع.

ولو أمر الواهب المتهب بأكل الطعام الموهوب فأكله، أو بإعتاق العبد الموهوب فأعتقه، أو أمر المتهب الواهب بإعتاقه[٥] فأعتقه، كان قابضًا. والله أعلم.

فروعٌ محكيَّةٌ عن نصِّ الشافعيِّ رضي الله عنه:

إذا قال: «وهبته لك» وملكه، لم يكن إقرارًا بلزوم الهبة؛ لجواز أن يعتقد حصول الملك بمجرد العقد، كما قاله مالك، والإقرار ينبني على اليقين.

ولو قال: «وهبته منه وأخرجته إليه[٦]»، نظر: إن كان المال في يد المتهب، كان ذلك إقرارًا منه بالقبض. وإن كان في يد الواهب، فلا. ولو قيل له[٧]: «وهبت دارك من فلان، وأقبضتها منه[٨]»، فقال: «نعم»، كان ذلك إقرارًا بالهبة والإقباض.

---

(١) في (هـ): (والمنقولات).

(٢) انظر ما سلف (٦/ ٢٦٤-٢٦٧)، «الحاوي» (٩/ ٤٠٢).

(٣) من قوله: (كما قدمناه) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) قوله: (به) سقط من (ي).

(٥) قوله: (بإعتاقه) سقط من (ط العلمية).

(٦) قوله: (وأخرجته إليه) سقط من (ز)، وفي (هـ): (وخرجت اليد منه)، وفي (ط العلمية): (وخرجت إليه منه).

(٧) قوله: (له) سقط من (ز)، وفي (هـ): (ولو قال).

(٨) في (هـ): (له).

وقوله في الكتاب: (وبه يحصل الملك)، يجوز إعلامه بالميم والألف والواو؛ لما سبق.

وقوله: (وكما قبل القبول)، الحكم بالانفساخ قياسًا على ما قبل القبول فيه ضرب توسع، فإنه لا انعقاد قبل القبول حتى يطرأ عليه انفساخ. والمعنى: أنه إذا مات قبل القبول، يلغو الإيجاب، ولا يبقى له اعتبار، فكذا إذا مات قبل القبض؛ لشمول الجواز للحالتين.

وأعلم قوله: (لم يحصل الملك)، بالحاء؛ إشارة إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه أنه إن كان القبض في المجلس، حصل الملك وإن لم يوجد الإذن.

هذا شرح الأركان المذكورة في الكتاب.

واعلم أن المتعاقدين معدودان من الأركان، وكأنه[1] ترك ذكرهما لوضوح حالهما، وما يعتبر فيهما.

وأن القبض وإن كان ركنًا، لا بد منه في حصول الملك، إلا أن كلامه في[2] الكتاب في أركان الهبة، وليس القبض من نفس الهبة؛ ألا ترى أنه يقال: هبةٌ اقترن بها القبض، وهبة لم يقترن. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (هـ): (وقد).

(٢) قوله: (في) سقط من (ي)، (ز).

قال رحمه الله:

(الفصل[١] الثاني: في حكمها

وهُو قسمان:

الأوَّل[٢]: ما قُـيِّدَ بنفي الثواب، فيلزمُ بالقَبْض، ولا رجوعَ فيه، إلا للوالِدِ[٣] (ح م) فيما يَهَبُ لولِده. وَفي معناه الوالدةُ والجدُّ (م) وكلُّ أصل. وقيل: إنه يختصُّ بالأب. وإن تَصَدَّقَ عليه لفَقْرِه ففي الرجوع خلاف.

ومهما تَلِفَ المَوهوبُ أو زالَ مِلْكُ المُـتَّهِبِ فاتَ الرجوع، ولا يَثبُتُ طَلَبُ القيمة. ولو كانَ عَصيرًا فصارَ[٤] خَمراً، ثم عادَ خَلا. عادَ الرجوع (و). وكذا إذا انفكَّ الرَّهْنُ والكتابة. ولو عادَ المِلْكُ بعدَ زوالِه ففي عَوْدِ الرجوع قولان (و). ولو[٥] حصلَتْ زيادةٌ مُنفَصلةٌ سُلِّمَتْ للمُتَّهِب، واختصَّ الرجوعُ بالأصل).

في هذا الفصل الثاني مقصدان: **أحدهما**: القول في الرجوع في الهبة. **والثاني**: في اقتضائها الثواب.

---

(١) في (هـ): (الركن).

(٢) قوله: (الأول) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (وكل أصل فيه إلا الوالد).

(٤) قوله: (كان عصيراً فصار) سقط من (ز).

(٥) في (ي)، (ز)، (هـ): (وإن).

لكنه خلط أحدهما بالآخر، وأشار إلى ضبط ما[١] يفي بالمقصودين، وإن لم يصرح به، ونحن نوضحه، ونأتي بمسائل الكتاب مدرجة فيه[٢]، فنقول:

الهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب، وإلى مقيدة بإثباته، وإلى مطلقة. أما المقيدة بنفي الثواب[٣]: فإنها تلزم بالقبض، ولا رجوع فيها إلا للوالد يرجع فيما يهب لولده، على ما سيأتي.

وينبغي للوالد أن يعدل في العطية بين الأولاد؛ كيلا يفضي بهم الميل[٤] إلى العقوق، فإن تَرَكَ العدل، فقد فعل مكروهًا لكن تصح الهبة[٥]. رُوِيَ عن النعمان ابن بشير[٦] رضي الله عنه، أن أباه أتى رسول الله ﷺ، فقال: «إني نحلت ابني هذا غلامًا»، فقال: «أَكُلَّ ولدك نحلت مثله[٧]؟»، قال: «لا»، قال: «أيسرك أن يكونوا لك في البرِّ سواءً؟»، قال: «نعم»، قال: «فلا إذن»، ويروى عنه قال: «فأرجعه»،

---

(١) قوله: (ما) سقط من (ي)، (ز).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٣) من قوله: (وإلى مقيدة) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) في (ز): (الأمر).

(٥) لأن قوله ﷺ: «فأرجعه» ـ في الحديث القادم ـ يدل على الصحة، لأنه لو لا نفوذ الهبة، لما أمره بالاسترجاع. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٣).

(٦) النعمان بن بشير: النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي، أبو عبد الله، له ولأبيه صحبة. أول مولود في الإسلام من الأنصار بعد الهجرة. كان قاضي دمشق بعد فضالة بن عبيد، استعمله معاوية على الكوفة ثم نقله إلى حمص. روى عن النبي ﷺ وعمر وعائشة وغيرهم، وعنه ابنه محمد ومولاه سالم وعروة والشعبي وغيرهم. وكان كريماً جواداً شاعراً شجاعاً. دعا إلى بيعة الزبير بالشام، فخالفه أهل حمص وقتلوه بعد وقعة مرج راهط سنة (٦٤هـ). انظر: «أسد الغابة» (٤/ ٥٥٠ – ٥٥٢) (٥٢٣٠)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (٣/ ٥٥٩) (٨٧٢٨).

(٧) في (ط العلمية): (مثل هذا)، وهو في رواية أخرى.

ويروى أنه قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»[١].

ثم الأولى والحالة هذه: أن يعطي الآخرين ما[٢] يحصل به العدل، ولو رجع فلا بأس[٣].

وعن أحمد[٤] رضي الله عنه: أنه يجب الرجوع. ويروى عنه: أنه لا تصح الهبة مع التخصيص أصلاً.

وإذا أعطى وعدَل، كُرِهَ له الرجوع. وكذا إن كان له ولد واحد فوهب منه، كره له الرجوع إن كان الولد عفيفًا بارًّا، وإن كان عاقًّا أو كان يستعين بما أعطاه في[٥] معصية، فلينذره بالرجوع، فإن أصرَّ لم يكره[٦] الرجوع. وفي طريق العدل في الهبة من[٧] الأولاد وجهان:

أصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٨] ومالك[٩] ـ: أن الطريق التسوية بين الذكور

---

(١) هذه الروايات كلها وردت في «الصحيحين»، انظر: «البخاري» كتاب الهبات، باب الهبة للولد، باب الإشهاد في الهبة (٥/ ٢١٠ - ٢١١) (٢٥٨٦)، (٢٥٨٧)، و«مسلم» كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١١/ ٦٥ - ٦٨).

(٢) في (ط العلمية): (بما)، وفي (هـ): (وأن يكون للآخرين).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٠).

(٤) المذهب عند الحنابلة: يجب على الوالد التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخرين حتى يستووا. فإن لم يعدل حتى مات، فهل للباقين فسخها؟ على روايتين. انظر: «الإنصاف» (٧/ ١٣٨، ١٤١)، «الكافي» (٢/ ٤٦٥، ٤٦٩)، «المحرر» (١/ ٣٧٤).

(٥) في (هـ): (على).

(٦) في (هـ): (يكره له).

(٧) في (هـ): (بين).

(٨) «المبسوط» (١٢/ ٥٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٧)، «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨٥). وهذا: لأن في التسوية تأليف القلوب، والتفضيل يورث الوحشة. وهو مقتضى حديث النعمان.

(٩) انظر: «المنتقى» (٦/ ٩٣).

والإناث؛ لما روي أنه ﷺ قال: «سوُّوا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضِّلاً أحدًا[١] لفضلت البنات»[٢].

والثاني ـ وبه قال أحمد[٣] ـ: أنه يُعطى الذكرُ مثل حظ الأنثيين؛ اعتبارًا بالميراث.

إذا تقرر ذلك، فالكلام فيمن يرجع؟ وفي أنه إلى ما[٤] يرجع؟ وفي أن الرجوع بم[٥] يحصل؟

أما الراجع:

فللأب الرجوع في الهبة[٦]؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لا يحل لواهب أن يرجع فيما

---

(١) قوله: (أحداً) سقط من (هـ).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» عكرمة عن ابن عباس (١١/ ٣٥٤) (١١٩٩٧) بلفظ: «النساء». قال ابن حجر: «في إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف» «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٢). وقال ابن عدي: «ورواياته ثابتات الأسانيد لا بأس بها، ولا أعرف له شيئاً أنكر مما ذكرت من حديث عكرمة عن ابن عباس» «الكامل في ضعفاء الرجال» (٣/ ١٢١٧).
وأخرجه البيهقي، كتاب الهبات، جماع أبواب عطية الرجل ولده، باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية (٦/ ١٧٧). وذكره الهيثمي في باب الهبة للولد وغيره دون إسناد، وقال: «وفيه عبد الله بن صالح كاتب الليث، قال عبد الملك بن شعيب: ثقة مأمون ورفع من شأنه، وضعفه أحمد وغيره». «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥٦). وذكره «في المطالب العالية» من رواية الحارث بن أبي أسامة (١/ ٣٤٠) (١٤٣٣).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٧٤)، «الإنصاف» (٧/ ١٣٦)، «الكافي» (٢/ ٤٦٥).
وهذا، لأنه تعجيل لما يصل إليهم بعد الموت، فأشبه الميراث.

(٤) في (هـ): (إلى من).

(٥) في (ط العلمية): (لم).

(٦) لأن الأب لا يُتهم في رجوعه، وهو لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٤ – ٤١٥)، «المهذب» (١٥/ ٣٨٢).

وهب إلا الوالد، فإنه يرجع فيما وهب لولده»[(١)] وذكر الإمام[(٢)]، أن الشيخ أبا علي حكى عن ابن سريج: أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب بر أو دفع عقوق[(٣)]، فلم يحصل غرضه، أما إذا لم يقصد ذلك، وأطلق الهبة، فلا رجوع له[(٤)]. والمشهور الأول.

وقال أبو حنيفة[(٥)] رضي الله عنه: لا رجوع للأب.

وعن مالكٍ[(٦)] رحمه الله: أنه إذا رغب راغب في مواصلة الولد[(٧)] بسبب المال الموهوب، فزوَّجَ من الابن، أو تزوج بالبنت[(٨)]، فلا رجوع له.

وأصح الروايتين عن أحمد[(٩)] رحمه الله: مثل مذهبنا.

---

(١) أخرجه الشافعي من الجزء الثاني، من اختلاف الحديث من الأصل العتيق ص١٧٤ بلفظ: «إلا الوالد من ولده». وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة (٣/ ٢٩١) (٣٥٣٩). والترمذي، أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (٣/ ٢٩٩) (٢٢١٥) وقال: «هذا حديث حسن صحيح». والنسائي، كتاب الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك (٦/ ٢٦٥). وابن ماجه، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (٢/ ٧٩٥) (٢٣٧٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٤١).

(٣) في (هـ): (بره أو دفع عقوقه).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٦).

(٥) وهذا عند الحنفية، لأن المقصود من الهبة هو صلة الرحم، وفي الرجوع معنى قطيعة الرحم، بل إن الرجوع يحمله على العقوق. والمقصود بالرجوع في الحديث: الرجوع بطريق الديانة والمروءة. انظر: «المبسوط» (١٢/ ٥٤ - ٥٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٢).

(٦) «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٣٧)، «الشرح الكبير» (٤/ ١١١ - ١١٢)، «التاج والإكليل» (٦/ ٦٤). ويُمنع من الرجوع في هذه الحالة، لأن الولد إنما أُنكح لغناه ولما أُعطي، وما أعطاه لابنته يُرغّب فيها ويرفع في صداقها، لأجل ذلك يُمنع الأب من الرجوع.
وهذا إن كانت الهبة كثيرة، وكان النكاح لأجل هذه الهبة. فإن لم يكن الأمر كذلك، فلا مانع من الرجوع.

(٧) في (ز): (الأب).

(٨) في (هـ): (من البنت).

(٩) «الكافي» (٢/ ٤٦٩)، «المحرر» (١/ ٣٧٥).
ولهم رواية أخرى كالمالكية. «المبدع» (٥/ ٣٧٧).

وفي غير الأب من الأصول قولان:

أحدهما: لا رجوع لهم؛ لأن الخبر[(١)] ورد في الأب.

وأصحهما: أنهم كالأب؛ كما أنهم كالأب في حصول العتق، ووجوب النفقة وسقوط القصاص. وقطع قاطعون: بثبوت الرجوع للأم[(٢)]؛ لأنها كالأب في كون الولد منهما، بل[(٣)] ولادتها متيقنة، وانتسابه إلى الأب ظاهر. وآخرون: بثبوت الرجوع للجد[(٤)] أبي الأب[(٥)]؛ لأنه كالأب في الولاية، وخصصوا الخلاف بالأم وآبائها وأمهاتها[(٦)] وأمهات الأب. وهذا ما أورده المتولي.

وتنساق هذه الطرق إلى أربعة أوجه: اختصاصه بالأب. اختصاصه بالأب[(٧)] والأم. اختصاصه بكل أصل تثبت[(٨)] له الولاية. شموله كل أصل، وهو الأصح.

وعن مالك[(٩)]: أنه لا رجوع لهم سوى الأم.

---

(١) في (هـ): (الحديث).

(٢) قطع بذلك الماوردي، وقال البغوي: «وهو المذهب». انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٦)، «التهذيب» (٤/ ٥٣٧).

(٣) في (هـ): (منها، ومن).

(٤) كذا في «التهذيب» (٤/ ٥٣٧).

(٥) في (ي)، (هـ): (أب الأب).

(٦) في (هـ): (وأمهاتها وأولادها).

(٧) قوله: (اختصاصه بالأب) سقط من (ي).

(٨) قوله: (تثبت) سقط من (ي)، (هـ).

(٩) وعند المالكية أيضاً: أن الأم ليس لها الرجوع في هبتها لولدها إن كان يتيماً حال الهبة، وهذا عندهم بناءً على أن هبة الوالدين إن أريد بها الأجر أو صلة الرحم فلا رجوع فيها. انظر: «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٣٨)، «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٦٤)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١١٠ - ١١١).

وقال أحمد[١]: لا رجوع لها أيضًا.

وأما غير الأصول كالأخ والعم وسائر الأقارب، فلا رجوع لهم كما لا رجوع للأجانب[٢]. ووجهه: ما قدمنا من الخبر. وأيضًا: فقد روي أنه ﷺ قال: «لا يحل لرجل يعطي عطيةً أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه»[٣].

وقال أبو حنيفة[٤] رضي الله عنه: لا رجوع في الهبة من المَحْرَم، ويثبت في

(١) هذا في المذهب، بناءً على أنها لا تملك حق الأخذ من مال ولدها في المذهب عندهم. انظر: «الإنصاف» (٧/ ١٤٥، ١٤٩)، «المبدع» (٥/ ٣٧٦ - ٣٧٧)، «الكافي» (٢/ ٤٦٩).

(٢) في (ي): (فلا رجوع لهم كالأجانب).
انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٣٧).

(٣) سبق تخريجه قريباً ص٣٦٥ من هذا الجزء، وهذا لفظ أبي داود.

(٤) عند الحنفية: لا رجوع في الهبة من المحرم، لما فيه من قطيعة الرحم والخصومة، وهو يخالف المقصود من الهبة له. وله الرجوع في الهبة من غير المحرم ما لم يُعوض عنها، وإن كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة، وذلك لأن المقصود من الهبة للأجانب العوض والمكافأة، فإن لم يكن عوض فقد تمكن الخلل في المقصود بالعقد، فثبت له حق الرجوع.
ومذهبهم هذا، بناء على الجمع بين الأحاديث الواردة في منع الرجوع، والأحاديث الواردة في ثبوت حقّ الرجوع كقوله ﷺ: «الواهب أحقّ بهبته ما لم يثبت منها»، فحملوا المنع المطلق على المنع ديانة لا حكماً.
فإن كان هناك ثواب وعوض على الهبة، امتنع الرجوع بصريح الحديث، وبالتالي لا يثبت الرجوع للوالد في هبته من ولده، أو في الهبة من المحرم، لأنه قد استحقّ العوض على هبته وهي صلة الرحم.
وكذا الحال في هبة أحد الزوجين من الآخر يمتنع الرجوع، لأن ما بينهما من الزوجية نظير القرابة القريبة، والمقصود بالهبة بينهما تحقيق معنى السكن والازدواج، وفي الرجوع إيقاع العداوة والنفرة.
ويستوي في الهبة حكم الرجوع إن كان الموهوب له مسلماً أو كافراً، لأن المقصود لا يختلف بذلك، لأنه إن كان أجنبياً فالمقصود العوض، وإن كان ابناً أو قريباً له فالمقصود صلة الرحم.
أما الهبة لعبد ولده، فله الرجوع فيها عند أبي حنيفة بخلاف الصاحبين، لأن الهبة عنده تقع للعبد حيث إن القبض منه، وهو أجنبي عنه فله الرجوع. =

غير المحرم قريبًا كان أو أجنبيًّا[١]، إلا في هبة أحد الزوجين من الآخر.

ولا فرق في حق الرجوع بين أن يكون[٢] الوالد والولد متفقين في الدين أو مختلفين[٣].

ولو وهب من عبد ولده فله الرجوع، ولو وهب من مكاتب ولده فلا. وهبة الإنسان من مكاتبه كهبته من الأجنبي.

ولو تداعى اثنان مولودًا ووهبا منه، فلا رجوع لواحد منهما[٤]، فإن أُلحق[٥] بأحدهما فوجهان؛ لأن الرجوع لم يكن ثابتًا في الابتداء[٦].

وحكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة.

ولو تصدق على ابنه، فوجهان[٧]:

أصحهما ـ ويحكى عن نصه[٨] في «حرملة» ـ: أن له الرجوع أيضًا؛ لأن الخبر

= وقال الصاحبان: تقع الهبة للمولى لا للعبد، والمولى ابنه فلا يحق له الرجوع.
وكذا المكاتب إن عجز عن الأداء وعاد للرق، فالهبة منه كالهبة من العبد. وإن أدى ما عليه وعتق، فيثبت حق الرجوع للواهب منه إن كان أجنبياً، ولا رجوع إن كان قريباً ذا رحم محرم. انظر: «المبسوط» (١٢/ ٤٩، ٥١، ٥٥، ٥٨)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٢، ١٣٣)، «الهداية» (٩/ ٣٩، ٤٤).

(١) في (هـ): (بعيداً).

(٢) قوله: (بين أن يكون) سقط من (هـ).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٠).

(٤) «لأنه لم يثبت له بنوته» «المهذب» (١٥/ ٣٨٢).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (لحق)، وفي (هـ): (وإن أُلحق بواحد منهما).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٦ – ٤١٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٧) أطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٤١٦)، و«التهذيب» (٤/ ٥٤٠).

(٨) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٨٢).

يقتضي ثبوت الرجوع في الهبة، والصدقة ضرب من الهبة. ولأنه تبرعٌ على الولد في الحياة لا بد فيه من التسليم، فأشبه الهبة.

والثاني ـ وبه قال مالك[١] رحمه الله ـ: لا رجوع له[٢]؛ لأن القصد من الصدقة ثواب الآخرة، وقد حصل.

فرعان عن «التتمة»:

أحدهما: إذا أبرأ ابنه عن دينه، يبنى على أن الإبراء إسقاط أو تمليك؟ إن قلنا بالأول فلا رجوع، وإلا ثبت الرجوع[٣].

الثاني: لو وهب من ولده، ثم مات الواهب ووارثه أبوه؛ لكون الولد مخالفًا له[٤] في الدين، فلا رجوع للجد الوارث؛ لأن الحقوق لا تورث وحدها، إنما تورث بتبعية الأموال، وهو لا يرث المال.

أما أنه إلى ما يرجع [٥]: فاعلم أن الموهوب، إما أن يكون باقيًا في سلطنة[٦] المتهب، أو لا يكون.

أحد القسمين: ألا يكون باقيًا في سلطنته[٧]، فإن تلف في يده[٨]، أو زال ملكه

---

(١) تقدمت الإشارة إلى ذلك (ص: ٣٦٦).

(٢) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (إنه إذا أبرأ ابنه عن دينه فلا رجوع إن قلنا: إن الإبراء إسقاط، وإن قلنا: تمليك ثبت الرجوع).

(٤) قوله: (له) زيادة في (ي)، (ز)، (هـ).

(٥) قوله: (أما أنه إلى ما يرجع) سقط من (هـ).

(٦) كذا في (ز)، وفي غيرها: (سلطته)، والمثبت يتوافق مع ما في «روضة الطالبين» (٥/ ٣٨٠).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: (سلطته).

(٨) في (هـ): (ملكه).

عنه[١] ببيع أو غيره، فلا رجوع للواهب، ولا له طلب القيمة. ويلتحق به ما إذا وقف الموهوب، أو كان عبدًا فكاتبه، أو أمة فاستولدها، أو رهن الموهوب وأقبضه، أو وهبه وأقبضه[٢].

وحكى الإمام[٣] خلافًا في أن الرجوع هل يمتنع بالرهن؛ مبنيًّا على ما سبق في صحة هبة المرهون؟ فإن قلنا: لا يصح، لم يصح الرجوع. وإن صححنا توقفنا، فإن انفك الرهن بان صحة الرجوع. وذكر أيضًا فيما إذا كاتب العبد تردُّدًا؛ بناء على صحة بيع المكاتب.

ولا يمتنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم يقترن بهما القبض، ولا بالتدبير وتعليق العتق بالصفة، ولا بزراعة الأرض، وتزويج الجارية.

ولو آجَر الموهوب: فكذلك جواب الأكثرين، وتبقى الإجارة بحالها كالتزويج[٤]. وقال الإمام[٥]: إن صححنا بيع المستأجر، فللواهب الرجوع. وإن لم نصححه: فإن جوزنا[٦] الرجوع في المرهون، وتوقفنا ما يكون، فيصح[٧] الرجوع في المستأجر، ولا حاجة إلى التوقف، بل الرقبة للراجع، والمستأجر يستوفي المنفعة إلى انقضاء المدة. وإن منعنا الرجوع في المرهون، ففي المستأجر تردد؛ لاطراد الملك فيه[٨]، واختصاص حق المستأجر بالمنافع[٩].

---

(١) قوله: (عنه) سقط من (هـ).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٧ - ٤١٨)، «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٢٨-٤٢٩).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤١)، «الحاوي» (٩/ ٤١٨).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٣٠).

(٦) في (هـ): (صححنا).

(٧) في (ي): (فنصحح).

(٨) قوله: (فيه) سقط من (ز).

(٩) قوله: (بالمنافع) سقط من (ي).

وخرج على هذا، تردد فيما إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب، هل يصح رجوع الواهب، مع قولنا بأن هبة الآبق لا تصح؟ لأن الهبة تمليك مبتدأ، والرجوع بناء فيسامح فيه. ولو جنى وتعلق الأرش برقبته، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع. لكن لو قال: «أفديه، وأرجع فيه»، مكّن منه[١]، بخلاف ما لو كان مرهونًا فأراد[٢] أن يبذل قيمته ويرجع؛ لما فيه من إبطال تصرف المتهب.

وإذا زال ملك المتهب ثم عاد بإرث أو شراء[٣]، ففي عود الرجوع وجهان[٤]، وقال صاحب الكتاب: قولان[٥]:

أحدهما: يعود؛ لأنه وجد عين ماله عند من له الرجوع فيما وهب منه[٦].

وأصحهما: المنع؛ لأن هذا الملك غير مستفاد منه حتى يزيله ويرجع فيه. واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه، بأنه لو وهب من ابنه، فوهبه الابن من جده، ثم وهبه الجد من ابن[٧] ابنه الموهوب له أولًا، فإن حق الرجوع للجد الذي منه حصل هذا الملك، لا للأب[٨].

ولا يبعد أن يحكم القائل الأول بثبوت الرجوع لهما جميعًا.

---

(١) قوله: (منه) سقط من (ز).

(٢) في (هـ): (وإن أراد).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (وشراء).

(٤) أطلقها في «الحاوي» (٩/ ٤١٧)، و«التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٥) وكذا قال في «الوسيط» (٤/ ٢٧٥).

(٦) من قوله: (وقال صاحب) إلى هنا سقط من (ي).

(٧) قوله: (ابن) سقط من (ز).

(٨) لأن حق الرجوع يمتنع فيما لو وهبه المتهب لآخر وقبضه. وهنا الحفيد قبض الهبة من والده ووهبها إلى جده. فللجد الرجوع دون الأب.

وتعبير صاحب الكتاب عن الخلاف في المسألة بالقولين، كأنه لقربها من مسائل ذُكر فيها قولان. وكذلك بناه في «الوسيط»[١] على أصل قد مرّ في البيع، وهو: أن الزائل العائد، كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد[٢]؟[٣]. وأيضًا: فإن الروياني ذكر في «الجرجانيات»: أن الخلاف في أن الملك الثاني، هل ينبني على الأول في رجوع الواهب، كالخلاف في عود الطلاق والظهار والإيلاء؟

ولو وهب منه عصيرًا فصار خمرًا؛ ثم عاد[٤] خلاًّ، فله الرجوع؛ لأن الملك الثابت في الخلّ سببه[٥] ملك العصير، فكأنه الملك الأول بعينه[٦]. وقد حكى بعضهم وجهين في أن الملك هل يزول بالتخمير؟ ووجهين في عود الرجوع؛ تفريعًا على القول بالزوال.

فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (عاد الرجوع)، بالواو.

ولا يخفى أن المراد من قوله: (ولو كان خمراً ثم عاد خلًّا)، أي[٧]: ولو صار الموهوب خمرًا، وما أشبهه.

ولو انفك الرهن والكتابة، بأن عجز المكاتب عن أداء النجوم: ثبت الرجوع؛ لأن الملك الذي كان لم يزل[٨]. وحكى الإمام[٩] عن بعض الأصحاب في انفكاك

---

(١) «الوسيط» (٤/ ٢٧٥).

(٢) هذه قاعدة فقهية مختلف فيها. انظر: «الأشباه والنظائر» (السيوطي) ص١٥٦.

(٣) قوله: (أو كالذي لم يعد) سقط من (ي).

(٤) في (ز): (صار).

(٥) في (هـ): (يشبه).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٢).

(٧) قوله: (أي) سقط من (ز)، (هـ).

(٨) أي ملك الابن. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤١٣).

الرهن: وجهين، مرتبين على الوجهين[١] فيما إذا زال الملك وعاد. وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب: ذكر وجه في الكتابة أيضًا؛ لأن الكتابة تجعله في حكم من زال الملك عنه، وإذا انفكت فكأنه حصل ملك جديد[٢].

فليكن قوله: (وكذا إذا انفك الرهن والكتابة)، مرقومًا بالواو أيضاً[٣]؛ لذلك.

ولو أفلس المتهب، ثم حجر عليه القاضي:

فأحد الوجهين[٤]: أن للواهب الرجوع؛ لأن حقه أسبق من حق[٥] الغرماء؛ إذ الرجوع يثبت بالهبة، وحق الغرماء يثبت بالحجر.

وأصحهما: المنع، كالمرهون والجاني، وبهما يبطل توجيه الأول.

ولو ارتد وقلنا: الردة لا تزيل الملك، ثبت الرجوع. وإن قلنا: تزيله، فلا رجوع، ثم إذا عاد إلى الإسلام، ثبت الرجوع[٦] [٧]. ومنهم من جعله على الخلاف فيما إذا زال ملكه، ثم عاد.

ولو وهب الابن المتهب الموهوب لابنه[٨]، فهل للجد الرجوع تفريعًا على إثبات الرجوع للجد؟ فيه وجهان[٩]:

---

(١) قوله: (مرتبين على الوجهين) سقط من (ي).

(٢) في (هـ): (جعل ملكاً جديداً).

(٣) قوله: (أيضاً) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٤) أطلق الوجهين في «الحاوي» (٩/ ٤١٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٥) قوله: (حق) زيادة في (هـ).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٧) من قوله: (وإن قلنا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) في (ز): (من ابنه)، وفي (هـ): (من أبيه).

(٩) كذا أطلقهما في «الحاوي» (٩/ ٤١٧).

أحدهما: نعم؛ لأنه موهوب ممن للجد الرجوع في هبته.

والثاني: لا؛ لأن الملك غير مستفاد منه.

ولو باعه منه، أو انتقل بموته إلى ابنه: فكلام صاحب «التهذيب»[١] يقتضي القطع بالمنع. وفي «الشامل»: طرد الوجهين في صورة الموت. وفي «التتمة»: الطرد في البيع أيضًا. والأصح في الكل: المنع.

والقسم الثاني: أن يكون باقيًا في سلطنته[٢]، فإن كان بحاله أو ناقصًا فله الرجوع، وليس على الابن أرش النقصان. وإن كان زائدًا، نظر: إن كانت الزيادة متصلة كالسمن[٣] وتعلم الحرفة، رجع فيه مع الزيادة. وإن كانت منفصلة؛ كالولد والكسب، رجع في الأصل، وبقيت الزيادة للمتهب[٤].

وإذا وهب جارية أو بهيمة حاملاً، فرجع قبل الوضع؛ رجع فيها حاملاً. وإن رجع فيها[٥] بعد الوضع؛ فإن قلنا: يعرف الحمل، رجع في الأم والولد. وإن قلنا: لا يعرف، اختصَّ الرجوع بالأصل، ولو كانت حائلاً ورجع وهي حامل، فإن قلنا: لا يعرف الحمل؛ رجع فيها حاملاً، وإن قلنا: يعرف[٦]؛ لم يرجع إلا في الأم. ويرجع في الحال، أم عليه الصبر إلى الوضع؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب»[٧].

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٥٤١).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: (سلطته).

(٣) في (ط العلمية): (كالسماء).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤١ - ٥٤٢).

(٥) قوله: (فيها) سقط من (ي)، (ز).

(٦) من قوله: (اختص الرجوع بالأصل) إلى هنا سقط من (ز). (م ع).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٥٤٢).

ولو وهب منه حبًّا فبذره ونبت، أو بيضًا فصار فرخًا[١]، فلا رجوع؛ لأن ماله صار مستهلكًا. قال صاحب «التهذيب»[٢]: هذا إذا ضمَّنَّا الغاصب بذلك، وإلا فقد[٣] وجد[٤] عين ماله، فيرجع فيه.

ولو كان الموهوب ثوبًا فصبغه الابن، رجع في الثوب، والابن شريك بالصبغ[٥]. ولو قصره، أو كان الموهوب حنطة فطحنها، أو غزلاً فنسجه، فإن لم تزد قيمته، فللأب الرجوع، ولا شيء للابن. وإن زادت[٦]، فإن قلنا: القصارة عين، فالابن شريك. وإن قلنا: أثر، فلا شيء له[٧].

ولو كانت أرضًا، فبنى فيها الابن أو غرس، رجع الأب في الأرض. وليس له قلع البناء والغراس مجانًا[٨]، لكنه يتخير بين الإبقاء بالأجرة، أو التملك بالقيمة، أو القلع وغرامة النقصان، كما في العارية.

فرع:

عن أبي الحسين: إن وطء الابن[٩] الجارية الموهوبة، يمنع الرجوع وإن عرى

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (فصارت فرخاً).
والبيض: جمع مفرده بيضة، وتُجمع أيضاً على بيوض وبيضات. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الضاد (٥/ ١١) (بيض).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٤٢).

(٣) قوله: (فقد) سقط من (ي).

(٤) قوله: (وجد) سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (له في الصبغ).

(٦) في (هـ): (زاد).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٢).
في (هـ): (عليه).

(٨) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٢).

(٩) قوله: (الابن) سقط من (ز).

عن الإحبال؛ لأنه يحرمها على الأب. والمذهب خلافه[١].

وأما أن الرجوع بم يحصل[٢]؟ فهذا مما لم يتعرض له في الكتاب، فيحصل الرجوع بقوله: «رجعت فيما وهبت» و«ارتجعت[٣]»، و«استرددت المال» و«رددته إلى ملكي» و«أبطلت الهبة» و«نقضتها»، وما أشبه ذلك. هكذا أطلقوه[٤].

لكن حكى أبو العباس الروياني في «الجرجانيات»: وجهين في أن الرجوع، هل هو نقض وإبطال للملك[٥] في الهبة، أم لا؟ أحدهما: لا؛ لأنه لو كان نقضًا، لملك الواهب الزيادات الحاصلة من الموهوب. والثاني: نعم، كما أن الإقالة فسخ ونقض للبيع، وإنما لا تسترد الزيادات[٦]؛ لحدوثها على ملك المتهب، كما لا تسترد في الإقالة.

فعلى الأول، ينبغي ألا يستعمل لفظ النقض والإبطال[٧] إلا أن يجعل كناية عن المقصود. وقد ذكر الروياني[٨] أيضاً أن اللفظ الذي يحصل[٩] به الرجوع، ينقسم إلى صريح وهو قوله: «رجعت»، وإلى كناية تفتقر إلى النية كقوله: «أبطلت الهبة» و«فسختها». ولو لم يأت بلفظ، ولكن باع الموهوب، أو وهبه من غيره، أو وقفه، فوجهان:

أحدهما: أنه رجوع، كما أن هذه التصرفات في زمان الخيار فسخ للبيع.

---

(١) فله الرجوع، لكن يحرم عليه وطؤها، لأنها صارت من حلائل أبنائه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٨).

(٢) في (هـ)، (ط العلمية): (لم يحصل).

(٣) في (هـ): (واسترجعت).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤١٨).

(٥) قوله: (للملك) سقط من (هـ)، وفي (ز): (وإبطال للهبة أم لا).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (الزيادة).

(٧) قوله: (والإبطال) سقط من (ي).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (الروياني في هذا)، وفي (هـ): (الروياني هذا وقال).

(٩) في (ط العلمية): (يُجعل).

وأصحهما: المنع[١]؛ لأن الموهوب ملك الابن؛ بدليل نفوذ تصرفاته فيه، فيلغو تصرف الأب فيه. وهذا كما أنه لو ثبت له الفسخ بالعيب، فتصرف فيه[٢]، لم يحصل به[٣] الفسخ. ويخالف المبيع في زمان الخيار؛ بأن الملك فيه ضعيف.

فإن قلنا بحصول الرجوع، قال في «التهذيب»[٤]: في صحة البيع والهبة وجهان، كما في البيع في زمان الخيار[٥] ويجري الوجهان في حصول الرجوع، إذا أتلف الطعام الموهوب، أو أعتق العبد، أو وطئ الجارية. وأشار الإمام[٦] إلى وجه ثالث: وهو أن مجرد الوطء ليس برجوع، لكن إذا أحبلها، وحصل الاستيلاد كان راجعًا. وعلى الصحيح، يلزمه بالإتلاف القيمة[٧] ويلغو الإعتاق، وعليه بالوطء مهر المثل، وبالاستيلاد القيمة.

ولو صبغ الثوب الموهوب، أو خلط الطعام بطعام نفسه، لم يكن راجعًا، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك[٨].

فروع:

الرجوع في الهبة حيث يثبت، لا يفتقر إلى قضاء القاضي، خلافًا لأبي حنيفة[٩] رضي الله عنه.

---

(١) كذا صححه في «الوسيط» (٤/ ٢٧٤)، و«التهذيب» (٤/ ٥٤٢ - ٥٤٣).

(٢) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥٤٣).

(٥) من قوله: (فإن قلنا) سقط من (هـ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٣٠-٤٣١).

(٧) في (ي): (الغرم).

(٨) في (هـ): (كذلك).

(٩) وذلك لأن الراجع يعيد إلى نفسه ملكاً هو لغيره، فلا ينفرد به من غير قضاء. انظر: «المبسوط» (١٢/ ٥٧، ٨٢)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٨)، «الاختيار» (٣/ ٥٣).

ولو رجع ولم يسترد المال، فهو أمانة في يد الابن، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع. وفرقوا بينهما: بأن المشتري أخذه[١] على حكم الضمان.

ولو اتفق الواهب والمتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع، فينفسخ كما لو تقايلا، أو لا ينفسخ كالخلع؟ فيه وجهان عن «الجرجانيات». والله أعلم.

قال:

(الثاني: الهبةُ المُطلَقة، إن كانت مِن الكبِيرِ إلى الصغيرِ[٢] لم تَقتَضِ ثوابًا وكذا إن كانت مِن النَّظيرِ على الأظهر[٣]. ولو كانت إلى الكبيرِ من الصّغيرِ فقولان؛ الجديد: أنه لا ثواب (م)، والقديم: أنه يلزمُه (ح)؛ للعُرْف. ثم قيل: إنه ما يرضى به الواهب (م)، وقيل: قَدْرُ القيمة، وقيل: ما يزيدُ (م) على القيمةِ ولو بقليل[٤]. فإن لم يُسَلِّمْ إليه[٥] ما هو الثواب، رَجَعَ فيه).

تكلمنا في أحد أقسام الهبة وهو الهبة المقيدة بنفي الثواب، وفرعنا على المذهب: الصحيح في صحة هذه الهبة.

وفيه وجه[٦]: أنها لا تصح، إذا أوجبنا الثواب بمطلق الهبة؛ لأنه شرط يخالف مقتضاها[٧].

---

(١) قوله: (أخذه) سقط من (ي).

(٢) قوله: (إلى الصغير) سقط من (ز).

(٣) في (ز): (على الأظهر من الطريقين).

(٤) قوله: (ولو بقليل) سقط من (ز).

(٥) في (ي)، (ز): (له).

(٦) ذكره الربيع. انظر: «الأم» (٣/ ٢١٦)، (٤/ ٦٥).

(٧) من قوله: (لأنه شرط) إلى هنا سقط من (هـ).

والقسم الثاني: الهبة المطلقة، وينظر فيها: إن وهب الأعلى من الأدنى، فلا ثواب له؛ إذْ لا يقتضيه اللفظ ولا العادة[١]. وإن كان بالعكس فقولان:

أحدهما: أنه لا يلزم الثواب أيضًا[٢]، وبه قال أبو حنيفة وأحمد[٣] رضي الله عنهما؛ لأنه لو أعار دارًا[٤]، لا يلزم المستعير شيء. فكذلك إذا وهب؛ إلحاقًا للأعيان بالمنافع.

والثاني ـ وبه قال مالك[٥] ـ: يلزمه؛ لاطراد العادة به.

وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «من وهب هبة يرجو ثوابها، فهو رد على صاحبها ما لم يثب عليها»[٦].

ولا بد الآن من معرفة أمرين: أحدهما: أن عامة الأصحاب رجحوا القول الأول، لكن الشيخ أبا محمد والقاضي الروياني حكما بأن الثاني أصح.

---

(١) «لأن الأمير إذا خلع على بعض الرعايا، لا يطمع منه عليه ثواباً» «التهذيب» (٤/ ٥٣٠).

(٢) قال البغوي: «وهو الأصح» «التهذيب» (٤/ ٥٣٠).

(٣) وذلك لأن الهبة المطلقة عطية على وجه التبرع فلم تقتض العوض كالصدقة. انظر: «الكافي» (٢/ ٤٦٨)، «المبدع» (٥/ ٣٦٠ - ٣٦١).

(٤) من قوله: (لا يلزم) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) «المنتقى» (٦/ ١١١ - ١١٢).

(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» (بلفظ آخر)، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة ص٥٣٤ - ٥٣٥ (١٤٣٦). والبيهقي، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة (٦/ ١٨٢). والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٨١).

وقد أُخرج هذا الحديث مرفوعاً من طرق أخرى مختصراً، فعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها»، أخرجه الحاكم، كتاب البيوع، باب إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها (٢/ ٥٢)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

والثاني: أن القول الأول يشتهر بالجديد، والثاني بالقديم[١].

لكن الثاني مروي عن كتاب «التفليس» من الجديد[٢]، كما هو محكي عن القديم، وفي «اختلاف العراقيين» ذكر القولين جميعًا. فإذاً هما مذكوران في الجديد، إلا أنه لم ينقل عن القديم سوى الثاني، فشهر بالقديم، ومقابله بالجديد.

التفريع:

إذا أوجبنا الثواب، ففي قدره أربعة أوجه[٣]:

أحدها: ما يرضى به الواهب؛ لما روي أن أعرابيًّا وهب للنبي ﷺ ناقةً، فأثابه عليها وقال: «أرضيت؟»، قال: «لا»، فزاده وقال: «أرضيت؟»، قال: «نعم»، فقال النبي ﷺ: «لقد هممت ألا أتَّهِبَ إلا من قرشيٍّ أو أنصاري أو ثقفي»[٤].

وأرجحهاـ على ما[٥] ذكره الإمام[٦] والقاضي الروياني ـ: أنه قدر قيمة الموهوب[٧]؛

---

(١) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٦٨).

(٢) انظر: «الأم» (٣/ ٢١٦).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٣٠ - ٥٣١)، وذكر الماوردي منها ثلاثة. انظر «الحاوي» (٩/ ٤٢١).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» مسند عبد الله بن عباس، بلفظ: «ألا أتهب هبة» (١/ ٢٩٥). قال الهيثمي: «ورجال أحمد رجال الصحيح» «مجمع الزوائد» (٤/ ١٥١).
وعن طريق أبي هريرة، أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في قبول الهدايا (٣/ ٢٩٠ - ٢٩١) (٣٥٣٧). قال المنذري: «وفي إسناده محمد بن إسحاق بن يسار» «مختصر المنذري» (٥/ ١٨٧).
وكذا أخرجه النسائي، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها (٦/ ٢٨٠). وكذا أخرجه الإمام أحمد عنه مطولاً، مسند أبي هريرة (٢/ ٢٩٢). وأخرجه الحميدى مطولاً ومختصراً، أحاديث أبي هريرة (٢/ ٤٥٣، ٤٥٤) (١٠٥١)، (١٠٥٢).

(٥) قوله: (على ما) سقط من (هـ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٣٤-٤٣٥).

(٧) قال الشافعي: «وإن لم يرض، فله قيمة هبة» «الأم» (٣/ ٢١٦).

لأنه عقد يقتضي العوض، ولا يشترط فيه التعيين والتسمية، فإذا لم يسمِّ شيئًا وجب عوض المثل؛ كالنكاح، وبهذا قال مالك[١].

والثالث: ما يعد ثوابًا لمثله في العادة؛ لأن أصل الثواب مأخوذ من العادة، فكذلك قدره.

والرابع: أنه يكفي أقل[٢] ما يتمول؛ لوقوع اسم الثواب عليه.

وبعضهم يجعل هذه الأوجه أقوالاً مخرجة، وفي «شرح القاضي ابن كج»: أن الأول والثالث[٣] قولان منصوصان.

ولا يتعين للثواب جنس من الأموال، بل الخيرة فيه إلى المتهب.

وإذا فرعنا على تقدير الثواب بقدر القيمة، فلو اختلف قدر القيمة، فعن صاحب «التقريب» وجهان في أن الاعتبار: بقيمة يوم القبض، أم بيوم بذل الثواب؟ والأظهر الأول.

ثم المتهب[٤]: إن أثاب بما يصلح ثوابًا، فذاك. وإلا[٥]، فللواهب الرجوع إن بقي الموهوب بحاله. وإن زاد[٦] زيادة متصلة، رجع فيه[٧] مع الزيادة.

وفي «أمالي السرخسي» وجه آخر[٨]: أن للمتهب أن يمسكه ويبذل قيمته

---

(١) «المنتقى» (٦/ ١١٣).

(٢) قوله: (أقل) سقط من (ي)، (ز).

(٣) قوله: (والثالث) سقط من (هـ).

(٤) من قوله: (وإذا فرعنا) إلى هنا سقط من (ي)، وفي (ز): (ثم إن المتهب).

(٥) في (هـ): (وإلا فلا).

(٦) في (هـ): (وإن زاد فيه).

(٧) في (ز): (فيها).

(٨) قوله: (آخر) سقط من (هـ).

دون الزيادة. وإن زاد زيادة منفصلة، رجع فيه دون الزيادة[١].

وإن كان الموهوب تالفًا: فوجهان ـ ويقال: قولان منصوصان في القديم ـ:

أصحهما: أنه يرجع بقيمته؛ لأنه مملوك بعوض، فإذا تلف كان مضمونًا كالمبيع.

والثاني: لا يرجع بشيء[٢]؛ كالأب في هبة[٣] ولده.

وإن كان ناقصًا: رجع إليه، وفي تغريمه المتهب أرش النقصان، وجهان. وقيل: له أن[٤] يترك العين، ويطالب بكمال القيمة.

ولو وهب النظير من النظير، فطريقان[٥]:

أحدهما: التخريج على القولين السابقين؛ لأن الأقران لا يتحمل بعضهم منّة[٦] بعض في العادة، بل يعوضون.

وأظهرهما: القطع بنفي الثواب[٧]؛ لأن القصد من مثله: الصلة، وتأكيد الصداقة[٨]، وقد حصل هذا الغرض، فأشبه الصدقة لما كان الغرض منها ثواب الآخرة، لم يقتض ثوابًا

---

(١) من قوله: (وإن زاد) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) وكذا ذكره في «كتاب التفليس» في «الأم» (٣/ ٢١٦).

(٣) في (هـ): (هبته).

(٤) في (هـ): (وقيل: إنه).

(٥) من قوله: (وقيل) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) في (ط العلمية): (من).

(٧) وقطع به الماوردي وأبو إسحاق الشيرازي. «الحاوي» (٩/ ٤١٩)، «المهذب» (١٥/ ٣٨٦).

(٨) في (ز): (المعرفة).

في الحال. وعن صاحب «التقريب»: تخريج القولين في هبة الأعلى من الأدنى أيضًا.

فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: (إن كانت من الكبير إلى الصغير، لم يقتض ثوابًا)، بالواو[١].

وقوله: (من الكبير)، يعني: إن كانت صادرة من الكبير، لا ما تريد بقولك: «وهبت من زيد». وكذا قوله: (إلى الكبير من الصغير). وقوله: (وكذا[٢] إن كانت من النظير)، يصح حمله على المعنيين. وقوله: (لا ثواب)، يجوز أن يعلم بالميم. وقوله: (يلزمه)، بالحاء والألف[٣].

وقوله: (وقيل: ما يزيد على القيمة ولو بقليل)، هذا الوجه لم أر روايته بهذه العبارة لغير صاحب الكتاب، ولا له ذكر[٤] إلا في هذا الكتاب، والمروي مكانه: أن الثواب ما يعد ثوابًا لمثله في العادة. ويشبه أن يكون هو الذي أراده، وذهب إلى[٥] أن العادة تقتضي زيادة على قدر القيمة، فإن المهدي لو رضي به لباعه في السوق. ويجوز إعلام هذا، والوجه[٦] الأول، بالميم[٧]. والله أعلم بالصواب.

---

(١) قوله: (بالواو) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (وكذا) سقط من (هـ).

(٣) في (هـ)، (ط العلمية): (بالحاء والميم والألف).

(٤) قوله: (ذكر) زيادة في (ز).

(٥) قوله: (إلى) سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (هذا الوجه).

(٧) قال الباجي: «على قول مطرف: ما لم يأخذ ما يرضيه وإن كان قد أُعطي أكثر من القيمة». «المنتقى» (٦/ ١١٤).

قال:

(أمّا إذا صَرَّحَ بشرطِ الثواب؛ فإنْ عَيَّنَه: فهو بَيْع ويَثبُتُ فيه أحكامُ البَيْع (و)، ولكن عندَ العَقْدِ أو عندَ القَبْضِ فيه[1] قولان. وقيل: لا يَنْعَقِد؛ لتناقُض اللفظ.

وإن كانَ مجهولاً؛ فإن قلنا: المُطلَقُ لا يقتضيه بحال[2] فهو فاسد، وإن قُلنا: يقتضيه؛ فقيل: إنّ هذا كالمُطلَق، وقيل: إنّ التصريحَ بالثّوابِ يجعلُه بَيْعًا[3] فيفسدُ بالجهل).

القسم الثالث: الهبة المقيدة بإثبات الثواب، ولا يخلو الحال[4]؛ إما أن يكون معلومًا، أو لا يكون.

الحالة الأولى: إذا كان معلومًا: ففيه قولان:

أصحهما: صحة العقد، أما إذا قلنا إن مطلق الهبة لا يقتضي الثواب؛ فلأنه معاوضة مال بمال كالبيع. وأما إذا قلنا: يقتضيه؛ فلأنه إذا صح العقد والعوض الواجب مجهول، فأولى أن يصح وهو معلوم.

والثاني: أنه باطل[5]، أما إذا اقتضت الهبة الثواب؛ فلأن مقتضاها ثواب غير

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (هـ): (لا يقتضي ثواباً بحال).

(٣) في (ز): (بيعاً فاسداً).

(٤) قوله: (الحال) سقط من (هـ).

(٥) وهو ما أشار إليه الربيع. انظر: «الأم» (٣/ ٢١٦).

معلوم ولا معين، فشرط[١] المعلوم والمعين يخالفه[٢]. وأما إذا لم تقتضها؛ فلأن شرط العوض يخالف مقتضاها، ولأن لفظ الهبة يقتضي التبرع، فالجمع بينه وبين شرط[٣] العوض مختل[٤].

والقول الثاني: هو الذي أراده صاحب الكتاب بقوله: (وقيل[٥]: لا[٦] ينعقد؛ لتناقض اللفظ).

وإذا قلنا بالصحة:

فالظاهر: أنه بيع[٧]؛ اعتبارًا بالمعنى. وهذا هو المذكور في الكتاب، وبه قطع القاضي أبو حامد فيما حكاه القاضي ابن كجٍّ عنه سماعًا[٨].

وفيه وجه آخر: أنه هبة؛ اعتبارًا باللفظ. فإن قلنا: بهذا، لم يثبت[٩] فيه الخيار والشفعة، ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا بالأول، تثبت هذه الأحكام.

وذكروا قولين في أنها تثبت عقيب العقد، أو عقب القبض؟ وأولهما أظهرهما، والمرجع بهما إلى التردد في كونه بيعًا أو هبة.

---

(١) في (ط العلمية): (بشرط).
(٢) من قوله: (أما إذا) سقط من (ي).
(٣) قوله: (شرط) سقط في (ز).
(٤) كذا في (ز)، وفي غيرها: (مخل به).
(٥) قوله: (وقيل) سقط من (هـ).
(٦) قوله: (لا) سقط من (ز).
(٧) ويثبت فيها خيار المجلس والشرط والعيب. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٠ - ٤٢١).
(٨) في (هـ): (ابن سريج سماعاً).
(٩) في (هـ): (بهذا المذهب يثبت).

ولو وهب منه حليًّا بشرط الثواب، أو مطلقًا[١] وقلنا: الهبة تقتضي الثواب، فالحكاية عن نصه في «حرملة»: أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه، اعتبرت[٢] المماثلة. وإن أثابه بعد التفرق بعرض صحَّ، وبالنقد لا يصح؛ لأنه صرف. وهذا مبني على أن هذا العقد بيع. وفي «التتمة»: أنه لا بأس بشيء من ذلك؛ لأنا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، فكذلك في سائر الشرائط. وهذا يخرج[٣] على قولنا: إنه هبة.

وحكى الإمام[٤] الأولَ عن الأصحاب؛ نقلًا، وأبدى الثاني احتمالًا، وَوَجَّهَهُ بأن باذل الثواب في حكم واهب جديد، فكأنه يقابل هبة بهبة. ثم زيفه بأنا لا نشترط في الثواب لفظ العقد إيجابًا وقبولاً، ولو كان هبة مجددة لاشترط. وخرج على الوجهين: ما إذا وهب الأب من ابنه بثواب معلوم: فإن جعلنا العقد بيعًا فلا رجوع له، وإلا فله الرجوع.

وإذا وجد بالثواب عيبًا، وهو في الذمة، طالب بالتسليم. وإن كان معينًا، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقيًا، وإلا طالب بقيمته.

واستبعد الإمام[٥] مجيء الخلاف في أنه بيع أو هبة هاهنا؛ حتى لا يرجع على التقدير الثاني، وإن طرده بعضهم.

وإذا جعلناه هبة، فكافأه بما دون المشروط إلا أنه قريب منه، ففي «شرح القاضي ابن كج» وجهان في أنه هل يجبر على القبول؟ لأن العادة فيه المسامحة.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٧٨).

(٢) في (ي): (أو)، وفي (ط العلمية): (واعتبرت).

(٣) قوله: (يخرج) سقط من (هـ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٣٩).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٣٨).

الحالة الثانية: إذا كان الثواب مجهولاً، فإن قلنا: الهبة لا تقتضي الثواب، بطل العقد؛ لتعذر تصحيحه بيعًا وهبة. وإن قلنا: إنها[١] تقتضيه، صحَّ، وليس فيه إلا التصريح بمقتضى العقد. هذا ما أورده الأكثرون[٢].

وحكى صاحب الكتاب وجهًا آخر[٣]: أنه يبطل؛ بناءً على أن ذكر العوض يلحقه بالبيع، وإذا كان بيعًا وجب أن يكون العوض[٤] معلومًا.

والأولون يقولون: إنما يجعل بيعًا على رأي، إذا تعذر جعله هبة، وذلك إذا قلنا: إن الهبة لا تقتضي الثواب. أما إذا قلنا: إنها[٥] تقتضيه، فاللفظ والمعنى متطابقان، فلا معنى لجعله بيعًا.

وحكى القاضي ابن كجّ عن نصه: أنه لو وهب من اثنين بشرط الثواب، فأثابه[٦] أحدهما دون الآخر، لم يرجع في حصة من أثاب. وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه، ورضي به الواهب، لم يرجع على واحد منهما. ثم إن أثاب بغير إذن الشريك لم يرجع عليه، وإن أثاب بإذنه رجع بالنصف[٧].

هذا إذا كان الثواب مما يعتاد ثوابًا لمثله، فإن زاد فهو متطوع بالزيادة.

ولو خرج الموهوب مستحقًّا بعد الثواب، رجع بما أثاب على الواهب[٨].

---

(١) قوله: (إنها) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٢)، «التهذيب» (٤/ ٥٣١).

(٣) قوله: (آخر) سقط من (هـ).

(٤) من قوله: (يلحقه بالبيع) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) قوله: (إنها) زيادة في (ز).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (فأتى به).

(٧) في هذه العبارة تقديم وتأخير في (ي).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٠).

وإن خرج بعضه مستحقًّا، فهو بالخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب. وقيل: تبطل الهبة في الكل، كما في نظيره من البيع[١]. وقال القاضي أبو حامد: لا يجيء قول الإبطال في الهبة.

ولو قال الواهب: «وهبت منك ببدل»، وقال المتهب: «وهبت بلا بدل»، والتفريع على أن مطلق الهبة لا يقتضي ثوابًا، فالمصدق الواهب؛ لأنه لم يعترف بزوال ملكه إلا ببدل، أو المتهب؛ لأنهما توافقا على أنه ملكه والأصل أن لا عوض؟ فيه وجهان[٢]، وبالأول أجاب القاضي ابن كجّ.

ونختم الكتاب بفروع متعددة[٣]، حامدين الله تعالى:

لو دفع إليه درهمًا وقال: «خذه وادخل به الحمام»، أو دراهم وقال: «اشتر بها[٤] لنفسك عمامة»: في «فتاوى القفال»: أنه إن قال ذلك على سبيل البسط المعتاد، ملكه وتصرف فيه كيف شاء. وإن كان غرضه تحصيل ما عيّنه لِما رأى به من الوسخ والشعث، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس، لم يجز صرفه إلى غير ما عيّنه.

وسئل الشيخ أبو زيد عن رجل مات أبوه، فبعث إليه إنسان ثوبًا ليكفنه فيه، هل يملكه حتى يمسكه ويكفنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه أو ورع فلا، ولو كفنه في غيره، وجب رده إلى مالكه.

ولو بعث إليه هدية في ظرف والعادة في مثلها ردّ الظرف[٥]، لم يكن هدية،

---

(١) انظر ما سلف (٦/ ٧٦ - ٧٧).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣٨٧).

(٣) قوله: (متعددة) سقط من (ي).

(٤) في (ط العلمية): (اشتريها).

(٥) قوله: (ردّ الظرف) سقط من (هـ).

وإن كانت العادة ألا يرد كقواصر التمر، فهو هدية أيضًا[١]. وقد تميز القسمان بكونه مشدودًا فيه، أو غير مشدود. وإذا لم يكن الظرف هدية، كان أمانة في يد المهدى إليه، وليس له استعماله في غير الهدية. وأما ما[٢] فيها، فإن اقتضت العادة التفريغ، لزمه تفريغه، وإن اقتضت التناول منه، جاز التناول[٣] منه[٤]. قال صاحب «التهذيب»[٥]: ويكون كالمستعار.

وإذا نفذ كتابًا إلى حاضر أو غائب؛ وكتب فيه: «أن اكتب الجواب على ظهره»، فعليه رده، وليس له التصرف فيه. وإلا فهو هدية يملكها المكتوب إليه. هكذا[٦] قاله في «التتمة». وذكر غيره: أنه يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه الانتفاع به[٧] على سبيل الإباحة.

وهبة منافع الدار، هل هي إعارة لها؟ فيه وجهان في «الجرجانيات».

ولا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة، خلافًا لأبي حنيفة[٨] رضي الله عنه.

---

(١) ومثلها أيضاً قوارير ماء الورد والأزهار. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٠٣).

(٢) قوله: (ما) زيادة في (ز).

(٣) في (ط العلمية): (وإن اقتضت التنازل منه جاز التنازل).

(٤) قوله: (منه) سقط من (هـ).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٤٤).

(٦) قوله: (هكذا) سقط من (ز)، (هـ).

(٧) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٨) عندهم الفاسد في الهبة لا يبطلها، وهي تخالف البيع، لأن الفساد في البيع للنهي الوارد فيه، ولا نهي في الهبة، فيبقى الحكم فيه على الأصل. ثم إن دلائل شرعية الهبة عامة مطلقة من غير فصل بين ما قُرن بها شرط فاسد أو لم يقرن. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٧).

والمال المقبوض مضمون[١] على المتهب كالمقبوض بالبيع الفاسد، أو غير مضمون كالمقبوض في الهبة[٢] الصحيحة[٣]؟ فيه[٤] وجهان، ويقال: قولان[٥]. والله أعلم.

* * *

(١) قوله: (مضمون) سقط من (هـ).

(٢) في (هـ): (بالهبة).

(٣) قوله: (الصحيحة) سقط من (ي).

(٤) قوله: (فيه) زيادة في (ي)، (ز)، (هـ).

(٥) كذا قال البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٢٩).


كِتَابُ اللُّقَطَةِ

قال رحمه الله:

(كتاب اللُّقْطة[١])

وفيه بابان:

الباب[٢] الأوَّل: في أركانها

وهي الالتقاط، والملتقِط، واللُّقْطة:

أما الالتقاط: فهو عِبارةٌ عن أخذِ مالٍ ضائعٍ ليُعرِّفَه المُلتَقِطُ سَنة، ثم يمتلكُه إن لم يظهر مالكُه[٣] بشرطِ الضمانِ إذا ظهر.

والأصحّ[٤]: أنه ليس بواجب؛ ولكنه إن وَثِقَ بأمانةِ نفسِه فمستحبّ (م)، وإن عَلِمَ الخيانةَ فمُحرَّم، وإن خافَ الخيانةَ[٥] ففي الجوازِ خلاف؛ كما في تَقلُّدِ[٦] القضاءِ ممن يخافُ الخيانة.

---

(١) اللقطة: يقال لقط الشيء والتقطه، أخذه من الأرض بلا تعب. واللقطة بضم اللام وفتحها (كحُزمة وهمزة): ما التقط من الشيء، واللقْط: مصدر لقطت ألقُط، واللقَط: ما انتشر من ثمر الشجر. (واللقطة بالتحريك، فيه خلاف ستأتي الإشارة إليه في كلام المصنف ص: ٣٩٥)، قال ابن الأثير: بضم اللام وفتح القاف: اسم المال الملقوط أي الموجود، وقال بعضهم: اسم الملتقط، والأول أكثر وأصح. انظر: «الصحاح» باب القاف، فصل اللام (٣/ ١١٥٧) (لقط)، (ابن السكيت، أبو يوسف يعقوب بن إسحاق) «إصلاح المنطق» ص٦٩ (تعليق: أحمد شاكر، عبد السلام هارون) (الطبعة الرابعة، دار المعارف، القاهرة)، «تاج العروس» فصل اللام، باب القاف (٥/ ٢١٦ - ٢١٧) (لقط).
وشرعاً: هو «مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز، ولا عرف الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته». وقال ابن عرفة: «مال وُجد بغير حرز محترماً ليس حيواناً ناطقاً ولا نَعَماً» «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٦٢)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٢٦).

(٢) قوله: (الباب) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) في (ي)، (ز)، (هـ): (ثم يتملكها، إن لم يظهر مالكها).

(٤) في (ط العلمية): (والأظهر).

(٥) قوله: (فمحرَّم وإن خاف الخيانة) سقط من (ي).

(٦) في (ز): (تقليد).

وقد قالَ رسولُ الله ﷺ: «مَن التقطَ لُقطةً فليُشهِدْ عليها»[(١)]، فاحتملَ أن يكونَ إرشاداً واستحباباً[(٢)]، واحتملَ أن يكونَ إيجاباً[(٣)]؛ ففيه خلاف (و). ثم إذا[(٤)] أشهدَ فليُعرِّف الشُّهودَ بعضَ (و) أوصافِ اللُّقْطة[(٥)]؛ ليكونَ في الإشهادِ فائدة).

عن زيد بن خالد الجهني[(٦)] رضي الله عنه، قال: جاء رجل الى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: «اعرف عِفَاصها[(٧)] ووكاءها[(٨)]، ثم عرفها سنة، فإن جاء

---

(١) أخرجه الإمام أحمد بلفظ: «فليشهد ذوي عدل أو ذا عدل» حديث عياض بن حمار (٤/ ٢٦٦)، وابن حبان في «صحيحه» كتاب اللقطة، باب ذكر الخبر الدال على أن اللقطة وإن أتى عليها أعوام هي لصاحبها دون الملتقط بردها عليه أو قيمتها وإن أكلها أو استنفقها (٧/ ١٩٩) (٤٨٧٤). وذكر الزيلعي أن إسحاق بن راهويه رواه في «مسنده»، «نصب الراية» (٣/ ٤٦٦). وأخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» باب بيان مشكل ما روي في أمره للملتقط بالإشهاد (٤/ ٢٠٧). وأخرجه أبو داود، أول كتاب اللقطة (٢/ ١٣٦) (١٧٠٩). وأخرجه ابن ماجه، كتاب اللقطة، باب اللقطة (٢/ ٨٣٧) (٢٥٠٥).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (أن يكون بطريق الإرشاد)، وفي (ز): (فيحتمل الإرشاد).

(٣) في (ز): (ويحتمل الإيجاب).

(٤) قوله: (إذا) سقط من (ط العلمية).

(٥) (الأوصاف): في (هـ)، وفي غيرها: (بعض أوصاف اللقطة).

(٦) زيد بن خالد الجهني: أبو عبد الرحمن زيد بن خالد الجهني، شهد الحديبية، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح. روى عن النبي ﷺ وعثمان وأبي طلحة وعائشة، وعنه السائب بن يزيد وابن المسيب وعروة وغيرهم. توفي بالمدينة سنة (٧٨هـ) وهو ابن (٨٥) سنة. انظر: «أسد الغابة» (٣/ ١٣٢ - ١٣٣) (١٨٣١)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (١/ ٥٦٥) (٢٨٩٥)، «تهذيب التهذيب» (٢/ ٢٤٤ - ٢٤٥) (٢٥٠١).

(٧) عفاصها: العفاص: غلاف القارورة، أو هو الجلد يغطى به رأسها كالوعاء لها. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الصاد (٤/ ٤٠٧) (عفص).

(٨) وكاءها: الوكاء ككساء، وهو رباط القربة وغيرها الذي يُشد به رأسها. انظر: «تاج العروس» فصل الواو، باب الواو والياء (١٠/ ٣٩٨) (وكى).

صاحبها، وإلا فشأنك بها»، قال: «فضالة[١] الغنم؟»، قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: «فضالة الإبل؟»، قال: «مالك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[٢]. وفي الباب أحاديث أخر نأتي ببعضها في الأثناء.

أما اللقط المترجم به الباب، فإنَّ الأزهريَّ حكى في «شرح حروف المختصر»، عن الليث[٣] عن الخليل[٤] أنَّ اللُّقَطَة بتحريك القاف: الذي يَلْقِطُ[٥]، واللُّقْطة بالتَّسكين: الشيء الملقوط، قال: وهذا هو[٦] القياس، إلا أن الرواة أجمعوا على أن[٧]

---

(١) الضالة: من النعم التي تبقى بمضيعة بلا رب، وتُطلق أيضاً على الضائعة من كل ما يُقتنى من الحيوان وغيره. وتُستعمل للذكر والأنثى، وتجمع على ضوال. انظر: «تاج العروس» فصل الضاد، باب اللام (٧/ ٤١١ - ٤١٢) (ضلّ).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها (٥/ ٨٤) (٢٤٢٩). ومسلم، كتاب اللقطة (١٢/ ٢٠)، واللفظ لهما. وأخرجه أبو داود، أول كتاب اللقطة (٢/ ١٣٥) (١٧٠٤). وابن ماجه، كتاب اللقطة، باب اللقطة (٢/ ٨٣٨ - ٢٥٠٧). وأخرجه الحميدي من طريق آخر، أحاديث زيد بن خالد الجهني (٢/ ٣٥٧ - ٨١٦).

(٣) الليث: الليث بن المظفر، وقيل: الليث بن نصر بن يسار الخرساني، وقيل: الليث بن رافع بن نصر. كان كاتباً للبرامكة، بارعاً في الأدب، بصيراً بالشعر والغريب والنحو. نسب بعضهم كتاب «العين» إليه. انظر: «معجم الأدباء» (١٧/ ٤٣ وما بعدها) (١٧)، «بغية الوعاة» (٢/ ٢٧٠) (١٩٥٩).

(٤) الخليل: أبو عبد الرحمن، الخليل بن أحمد بن عمرو الفراهيدي، الأزدي. إمام في علم النحو، وهو الذي استنبط علم العروض، وله معرفة بالإيقاع والنغم. كان رجلاً صالحاً عاقلاً حليماً وقوراً. من مصنفاته: «كتاب العين»، «العروض»، «الشواهد»، «النقط والتشكيل» وغيرها. ولد سنة (١٠٠هـ)، وتوفي بالبصرة سنة (١٧٥هـ). والفراهيدي نسبة إلى فراهيد وهي بطن من الأزد. انظر: «بغية الوعاة» (١/ ٥٥٧ - ٥٦٠) (١١٧٢)، «معجم الأدباء» (١١/ ٧٢ وما بعدها) (١٧). «وفيات الأعيان» (٢/ ٢٤٤ - ٢٤٨) (٢٢٠).

(٥) في (ي): (يلقطه)، وفي (هـ): (يلتقط).

(٦) قوله: (هو) سقط من (ز).

(٧) قوله: (أن) سقط من (ي)، (ز).

التحريك في حديث زيد بن خالد[١] رضي الله عنه. وكذلك رواه أبو عبيد عن الأحمر[٢]، وبه قال: الفَرَّاءُ[٣] وابن الأعرابيِّ والأصمعيُّ[٤] وغيرهم، قال: وهو الصحيح. فإذن المالُ الملقوط لقْطة بالاتفاق، وفي تسميته لُقَطَة بالتحريك اختلاف. وعد ابن السكيت[٥] في «الإصلاح»[٦] اللقطة من الأسماء التي على فُعْلَة وفُعَلَة. واللقط واللقاط أيضاً: الشيءُ الملقوط.

---

(١) قوله: (بن خالد) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) الأحمر: علي بن الحسن أو المبارك. مؤدب الأمين العباسي وشيخ النحاة في عصره. كان رجلًا من الجند من رجال النوبة على باب الرشيد. أخذ العربية عن الكسائي. كان قوي الذاكرة يحفظ (٤٠ ألف) بيت من شواهد النحو. صنف: «تفنن البلغاء»، «التصريف». توفي سنة (١٩٤هـ). انظر: «معجم الأدباء» (١٢/ ٥ وما بعدها) (١)، «بغية الوعاة» (٢/ ١٥٨ - ١٥٩) (١٦٩٤).

(٣) الفراء: أبو زكريا، يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي. أبرع الكوفيين وأعلمهم بالنحو واللغة وفنون الأدب. وكان يقال: النحو للفراء، والفراء أمير المؤمنين في النحو. وقيل له الفراء، لأنه كان يفري الكلام. ولد بالكوفة سنة (١٤٤هـ) وأخذ عن الكسائي. وكان فقيهاً عالماً بأيام العرب وأخبارها. وكان يتفلسف في تصانيفه. ذكره ابن حبان في الثقات. عهد إليه المأمون بتربية ابنيه. من تصانيفه: «معاني القرآن»، «الحدود»، «اللغات»، «مشكل اللغة» وغيرها. توفي سنة (٢٠٧هـ). انظر: «معجم الأدباء» (٢٠/ ٩ وما بعدها) (٢)، «بغية الوعاة» (٢/ ٣٣٣) (٢١١٥). «وفيات الأعيان» (٦/ ١٧٦ - ١٨٢) (٧٩٨)، «تهذيب التهذيب» (٦/ ١٣٢ - ١٣٣) (٨٨٢٣).

(٤) الأصمعي: أبو سعيد، عبد الملك بن قُريب بن عبد الملك الباهلي. وهو من أهل البصرة، وقدم بغداد أيام هارون الرشيد. سمع شعبة بن الحجاج والحمّادين، وروى عنه: أبو عبيد وأبو حاتم وغيرهما. كان شديد الاحتراز في تفسير الكتاب والسنة. ولد بالبصرة سنة (١٢٢هـ). ومن مصنفاته: «الأجناس»، «اللغات»، «النوادر»، «غريب الحديث» وغيرها. توفي في صفر سنة (٢١٦هـ).
انظر: «وفيات الأعيان» (٣/ ١٧٠ - ١٧٦، ٣٧٩)، «بغية الوعاة» (٢/ ١١٢ - ١١٣) (١٥٧٣).

(٥) ابن السكيت: أبو يوسف، يعقوب بن إسحاق، أصله من خوزستان. إمام في اللغة والأدب. عهد إليه المتوكل بتأديب أولاده. من مصنفاته: «إصلاح المنطق»، «الألفاظ الأضداد»، «الأجناس»، «غريب القرآن». عُرف بابن السكيت، لأنه كان كثير السكوت طويل الصمت. توفي سنة (٢٤٤هـ). انظر: «معجم الأدباء» (٢٠/ ٥٠ - ٥٢) (٢٦)، «بغية الوعاة» (٢/ ٣٤٩) (٢١٥٩)، «وفيات الأعيان» (٦/ ٣٩٥ - ٤٠١) (٨٢٧).

(٦) «إصلاح المنطق» ص٤٢٩.

ثم جعل حُجَّةُ الإسلام رحمه الله، الكتاب في[1] بابين:

أحدهما: في الأركان، وهي الالتقَاطُ، والمُلتَقِط، واللُّقَطةُ.

أما الالتقاطُ: فمعناه مشهور في اللغة.

وقوله في الكتاب: (أما الالتقاطُ، فهو عبارةٌ عن أخذ مال ضائع ليُعرِّفَه المُلتَقِطُ سنة، ثم يَتَمَلّكَه إن لم يظهرْ مالكُه بشرطِ الضمانِ إذا ظهر) إشارة الى معناه الشرعي الذي يقصدُهُ الفقيه.

لكنه قد لا يستحسن ذلك؛ لأن الأشبه أن يقال: ليس للالتقاط[2] معنى شرعيّ، بل هو مقرر على حقيقته، لكن الفقيه يتكلم في التقاط خاص[3]. وأيضاً: فلأنه أخذ الملتقط في تفسير الالتقاط. وأيضاً: فلأنه أخذ التعريف أو قصد التعريف في التفسير، وذلك لا يلائم عدّه التعريف في الباب الثاني من أحكام الالتقاط. وكذا القول في التملك، وفي الضّمان عند ظهور المالك.

وفقه[4] الفصل مسألتان:

الأولى: قال الشافعيُّ رضي الله عنه في «المختصر»[5]: ولا أُحِبُّ لأحدٍ ترك لقطة وجدها، إذا كان أميناً. وقال في كتاب «اللقطة الصغير» من «الأمِّ»[6]: ولا يَحِلُّ ترك اللقطة لمن وجدها إذا كان أميناً[7] عليها. وللأصحاب فيها طريقان:

---

(١) قوله: (رحمه الله الكتاب في) سقط من (هـ).

(٢) في (ز)، (هـ): (الالتقاط).

(٣) في (هـ): (الالتقاط خاصة)، وفي (ط العلمية): (الالتقاط خاص).

(٤) في (هـ): (وفي).

(٥) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٦) نصه في كتاب اللقطة الصغير: «لا يجوز لأحد ترك لقطة وجدها إذا كان من أهل الأمانة» «الأم» (٤/ ٦٨).

(٧) من قوله: (وفقه الفصل) إلى هنا سقط من (هـ).

قال الأكثرون: المسألة على قولين[١]: **أحدهما**: وجوب الالتقاط؛ لأن[٢] حُرْمَة مالِ المسلم كحرمة دمه، فيجب صونه عن[٣] الضَّياع.

وأصحهما: لا يجب، كما لا يجب قبول الوديعة إذا عُرِضَتْ عليه.

وعن ابن سريج وأبي إسحاق: حَمْلُ النَّصَّين على حالين[٤]: إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها بأن تكون في ممر الفسَّاق والخونة، وجب الالتقاط. وإلّا لم يجب؛ لأنَّ غيره يأخذها ويحفظها. هذا ما رواه عامَّة الحملة[٥].

وفي «النهاية»[٦] طريقة أخرى: أنه إن كان لا يثق بنفسه، لم[٧] يجب الالتقاط عليه[٨] قولًا واحداً. والقولان فيمن يغلب على ظنه أنه لا يخون.

وأخرى: قاطعة بنفي الوجوب[٩] مطلقاً، حاملةٌ للنصِّ الآخر على تأكيد الأمر به.

وإذا قلنا بنفي الوجوب، فإن وثق بنفسه، ففي الاستحباب وجهان، أصحهما: ثبوتُهُ.

---

(١) وهو من تخريج ابن القطان وطائفة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٣٦).

(٢) في (ط العلمية): (لأنه).

(٣) في (ط العلمية): (من).

(٤) وبه قال جمهور الأصحاب. «الحاوي» (٩/ ٤٣٦)، انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٧)، «المهذب» (١٥/ ٢٥٠).

(٥) في (هـ): (النقلة).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٨).

(٧) في (هـ): (لا).

(٨) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٩) في (ي): (على الوجوب).

قال في «النهاية»[١]: وإن لم يثق بنفسه[٢]، وليس هو في الحال من الفسقة، فلا يُسْتَحَبُّ له[٣] الالتقاط لا محالة. وحكى عن شيخه وجهين في الجواز، أصحهما: ثُبوتُهُ؛ وشبَّههما بالوجهين في أنّ الصالح للقضاء إذا لم يأمن على نفسه، هل يجوز له تقلد القضاء؟

وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمِهِ، فلا تُضْمن اللقطة بالتّرك؛ لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين.

أما الفاسق، فجواب معظم الأصحاب: أنه يكره له الالتقاط؛ لأنه ربما تدعوه نفسه إلى كتمانها. فإن فعل، فسيأتي الكلام فيه.

وقوله في الكتاب: (وإن علم الخيانة فمحرّم)، يخالف[٤] ما أطلقه الأكثرون من الكراهة، ويوافق قوله في «الوسيط»[٥] أنّ الفاسق لا يجوز له الأخذ.

وإن[٦] قُدّر أنّ قوله: (وإن علم الخيانة)، فيمن هو أمين في الحال، لكنه يعلم أنه لو أخذ لخان وفسق، فالحكم بالتحريم أبعد.

وقوله قبله: (والأصح أنه ليس بواجب)، يجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ إشارة إلى قول من قطع بنفي الوجوب.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٨).

(٢) من قوله: (ففي الاستحباب) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) قوله: (له) سقط من (ز).

(٤) في (هـ): (يخالفه).

(٥) «الوسيط» (٤/ ٢٨٣).

(٦) في (ي): (وأنه إن)، وفي (ط العلمية): (وأنه).

وقوله: (فمستحب)، بالميم والألف؛ لأن الحكاية عن مالك[١] وأحمد[٢] رحمهما الله: كراهة الالتقاط.

الثانية: في وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان[٣] ـ ويقال قولان ـ:

أظهرهما ـ وبه قال مالك[٤] وأحمد[٥] رحمهما الله ـ: أنه لا يجب، كما لا يجب الإشهاد على الوديعة[٦] إذا قبلها؛ ولأن النبي ﷺ لم يأمر به في حديث زيد ابن خالد رضي الله عنه.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٧] رضي الله عنه ـ: أنه يجب الإشهاد؛ لما روي عن

---

(١) يُكره الالتقاط عند المالكية إن لم يخف خائناً على اللقطة بتركها، سواء علم أمانة نفسه أم لا. فإن خاف خائناً مع علمه بأمانة نفسه وجب عليه أخذها. انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٧١)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١١٩ - ١٢٠).

(٢) يُكره عند الحنابلة التقاط اللقطة إن لم تكن حقيرة لا تتبعها الهمة، وإن لم تكن من الضوال التي تمتنع من صغار السباع. فإن لم تكن كذلك، وأمن نفسه عليها، وقوي على تعريفها، فله أخذها، والأفضل تركها، لأنه أسلم من خطر التفريط وتضييع الواجب من التعريف، فأشبه ولاية اليتيم. وقال بعضهم: إن وجدها بمضيعة وهو أمين، فالأفضل أخذها. وهو أظهر الأقوال عندهم. انظر: «الإنصاف» (٦/ ٣٩٩ - ٤٠٥)، «الكافي» (٢/ ٣٥١)، «المبدع» (٥/ ٢٧٣ - ٢٧٧)، «المحرر» (١/ ٣٧١).

(٣) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٢٥٥)، و«التهذيب» (٤/ ٥٤٨).

(٤) «مواهب الجليل» (٦/ ٧٧).

(٥) لا يجب الإشهاد، لأنها أمانة كالوديعة، لكن يُستحب، للحديث المذكور. ولأن في الإشهاد حفظها من ورثته إن مات وغرمائه إن أفلس، وصيانته من الطمع فيها. انظر: «الكافي» (٢/ ٣٥٢ - ٣٥٣)، «المحرر» (١/ ٣٧٣)، «المبدع» (٥/ ٢٨٥).

(٦) في (هـ): (لا يجب الإشهاد، كما لا يجب على الوديعة).

(٧) يجب الإشهاد عند أبي حنيفة، لأن الإشهاد طريق لمعرفة وإثبات أن أخذ الملتقط للقطة كان بنية الحفظ لا لنفسه، فهو أخذ مشروع. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠١). «الاختيار» (٣/ ٣٢)، «الهداية» (٦/١١٨).

عياض بن حمار[١] رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «من التقط لقطة، فليشهد عليها ذا عدلٍ أو ذوي عدلٍ»[٢].

ومن قال بالأول، حمله على الاستحباب، وربما احتجَّ به للاستحباب من حيث إنّه لو كان الإشهادُ واجباً، لما خيَّر بين الواحد والاثنين.

ثم في كيفية الإشهاد وجهان:

أحدهما: يشهد على أصلها دون صفاتها[٣]؛ لئلا[٤] ينتشر، فيتوسل بها الكاذب إن اكتفينا بالصِّفة، وبمواطأة الشُّهود إن أحوجناه[٥] إلى البينة. وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب»[٦]. قال: ويجوز أن يذكر جنسها.

والثاني: أنه يشهد على صفاتها أيضاً[٧]؛ حتى لو مات لم يملكها[٨] الوارث، وشهد[٩] الشهود للمالك.

---

(١) عياض بن حمار: عياض بن حمار بن أبي حمار بن ناجية بن عقال بن محمد التميمي المجاشعي. يجتمع والأقرع بن حابس في عقال بن محمد. روى عنه مطرِّف ويزيد ابنا عبد الله بن الشخير والعلاء ابن زياد والحسن. سكن البصرة. انظر: «أسد الغابة» (٤/ ٢٢ - ٢٣) (٤١٤٤)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (٣/ ٤٧) (٦١٢٨).

(٢) سبق تخريجه ص٣٩٤ من هذا الجزء.

(٣) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٤٨).

(٤) في (ز)، (هـ): (كيلا).

(٥) كذا في (ز)، وفي غيرها: (أحوجنا).

(٦) «التهذيب» (٤/ ٥٤٨).

(٧) قوله: (أيضاً) سقط من (هـ).

(٨) في (ط العلمية): (لا يملكها)، وفي (ز)، (هـ): (لم يتملكها).

(٩) في (ط العلمية): (ويشهد).

وأشار الإمام[(١)] إلى توسُّط بين الوجهين، وهو أنه لا يستوعب الصفات ولكن يذكر بعضها؛ ليكون في الإشهاد فائدةٌ، وهو[(٢)] قوله في الكتاب: (فليُعرف الشُّهودَ[(٣)] بعض أوصاف اللقطة)، ويجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الأول.

وقوله[(٤)]: (فاحتمل أن يكون إرشاداً واستحباباً، واحتمل أن يكون إيجاباً)، هذا هو الوجه. وفي أكثر النسخ[(٥)]: (فاحتمل أن يكون بطريق الإرشاد، واحتمل أن يكون استحباباً)، وليس[(٦)] بصحيح في هذا الموضع وإن كان بينهما فرق، إلّا أن يقال: المعنى بطريق الإرشاد إلى رعاية الواجب، لكنه بشع.

وقوله: (ففيه خلاف)، يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن أبا الفرج السرخسيَّ حكى طريقة قاطعة[(٧)] بنفي الوجوب. والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٤).

(٢) (وهو): في (هـ)، وفي غيرها: (هذا)، وفي (ز): (وهذا).

(٣) قوله: (الشهود) سقط من (ز).

(٤) لفظة: (وقوله) سقط من (ز).

(٥) من قوله: (فاحتمل أن) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) في (ي)، (ط العلمية): (هكذا يوجد في أكثر النسخ وليس).

(٧) قوله: (قاطعة) سقط من (هـ).

قال:

(أمّا المُـلتَقِط: فهو كلُّ حُرٍّ مسلم مُكلَّفٍ عَدْل؛ لأنّ فيه معنى الأمانةِ والوِلايةِ والكَسْب. والأصحّ: أنّ الكافرَ أهلٌ للالتقاطِ في دارِ الإسلام؛ كالاحتطاب. وفي أهليّةِ الفاسقِ والعبدِ والصبيِّ قولان (و)؛ لفَواتِ أهليّة الوِلايةِ والأمانة، وفائدةُ المنع: أنهم لا يتملّكون، وتكونُ في أيديهم مضمونة[1]. ولعلَّ الأصحّ: أنهم يتملَّكون؛ لأن أخبارَ اللُّقْطةِ عامّة. فعلى هذا؛ القاضي إما أن ينتزعَ (ح و) مِن يدِ الفاسقِ[2] على أحدِ الوجهين[3]، أو ينصبَ (ح و) عليه رقيباً ـ كما يراه ـ إلى أن تمضيَ مُدّةُ التعريف).

الركن الثاني: المُلتقط، وبناء الكلام فيه على أصل، وهو أنّ اللقطة فيها معنى[4] الأمانة والولاية والاكتساب[5].

أما الأمانة والولاية ففي الابتداء، فإن[6] سبيل المُلتَقِط في مدة التعريف سبيل الأمناء لا يضمن المال إلا بتفريط[7]، والشرع فوّض إليه حفظه كالوليّ يحفظ مال الصبيِّ. وأما الاكتساب ففي الانتهاء من حيث إنّ له التملك بعد التعريف.

---

(١) في (ي)، (ز): (وتكون مضمونة على يدهم).

(٢) في (ز)، (هـ): (من يده).

(٣) قوله: (على أحد الوجهين) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (تعني).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٨٣).

(٦) في (ز): (لأن).

(٧) في (ز): (بالتفريط).

وما المغلّب؟ فيه وجهان ـ ويقال قولان ـ:

أحدهما: معنى الأمانة والولاية؛ لأنها ناجِزَةٌ، والتملك منتظر، فيُناطُ الحكم بالحاضر، ويُبنى الآخر على الأول.

والثاني: معنى الاكتساب؛ لأنه مآل الأمر ومقصوده، فالنّظر إليه أولى. ولأن[1] المُلتقط مستقل بالالتقاط، وآحاد الناس لايستقلون بالأمانات إلا بائتمان المالك، ولكن يستقلون بالاكتساب.

إذا عرفت ذلك، فإن اجتمع في الشخص أربع صفات: الإسلام، والحرية، والعدالة، والتكليف، فله أن يلتقط، ويعرف ويتملك؛ لأنه أهل للأمانة والولاية والاكتساب جميعاً، وإلا ففيه مسائل:

إحداها: في تمكين الذِّمي من الالتقاط في دار الإسلام وجهان[2]:

أحدهما: لا يمكن؛ لما فيه من معنى الأمانة والولاية. ولأنه[3] ممنوع من التسلط[4] في دار الإسلام، ألا ترى أنه لا[5] يُحيي.

وأصحهما: التمكين[6]؛ ترجيحاً لمعنى الاكتساب، كما أنه يصطاد ويحتطب. وقطع بعضهم بالوجه الثاني، وربما شرط في التجويز كونه[7] عدلًا في دينه.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (لأن).

(٢) أطلقهما في «المهذب» (١٥/ ٢٨١).

(٣) في (ز): (لأنه).

(٤) في (ي)، (هـ): (التسليط).

(٥) قوله: (لا) سقط من (هـ).

(٦) كذا صححه في «التهذيب» (٤/ ٥٦٣).

(٧) في (هـ): (أن يكون).

وقوله في الكتاب: (والأصحّ: أنّ الكافر أهلٌ للالتقاط)، يمكن حمله على الأصح من الوجهين[١] فيكون المذكور طريقة الخلاف، وعلى الأصح من الطريقين فيكون المذكور[٢] الطريقة القاطعة.

فإن قلنا: ليس له الالتقاط، فالتقط، أخذه الإمام وحفظه إلى ظهور مالكه. وإن قلنا بجوازه، قال في «التهذيب»[٣]: هو كما لو التقط الفاسق. وذكر: أنّ المرتدَّ، إن قلنا: إن ملكه زائلٌ، يُنتزع من يده[٤]، كما لو احتطب يُنتزع من يده. وإن قلنا: ملكه غير زائل، فكالفاسق يلتقط.

ولك أن تقول: إذا قلنا[٥]: إن ملكه زائل، فإن ما يحتطبه يُنتزع من يده، ويحكم بكونه لأهل الفيء، فإن كانت اللقطة كذلك فقياسه أن يجوز للإمام ابتداء الالتقاط لأهل الفيء ولبيت المال، وأن يجوز للولي الالتقاط للصّبيِّ. وإذا قلنا: إنّ[٦] ملكه غير زائل، فهو بالذمي أشبه منه[٧] بالفاسق، فليكن التقاطه كالتقاط الذِّمِّيِّ. وكذلك أورده الشّيخ المتولي.

الثانية: هل الفاسق أهل للالتقاط؟ عن القَفّال: تخريجه على الأصل المذكور: إن رجحنا الأمانة والولاية، فلا[٨]، وما يأخذه حكمه حكم المغصوب وإن رجَّحنا

---

(١) في (هـ): (في الطريقين).

(٢) من قوله: (طريقة الخلاف) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٦٣).

(٤) من قوله: (كما لو) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) قوله: (إذا قلنا) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (إن) سقط من (هـ).

(٧) قوله: (منه) سقط من (هـ).

(٨) قال القفال الشاشي: «لم يجز أن يأخذها» «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٧).
وقال أبو إسحاق الشيرازي: «لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها». «المهذب» (١٥/ ٢٨١).

الاكتساب، فنعم. وهذه الطريقة هي التي أفردها[١] في الكتاب.

وقطع عامة الأصحاب بأهليته، وهو الذي يدل عليه نظم «المختصر»[٢] ويُخرج عليه ما حكيناه عن المعظم: أنه يكره له الالتقاط. وعلى هذا، فهل يُقرُّ[٣] المال في يده، إذا التقطه[٤]؟ فيه قولان:

أصحهما ـ وهو اختيار المزني[٥] ـ: لا، بل[٦] ينتزع من يده، ويوضع عند عدل؛ لأن مال أولاده[٧] لا يقرُّ في يده، فكيف يقرُّ مال الأجانب؟

والثاني: نعم؛ لأن له حق التملك، ولكن يُضَمُّ إليه عدل يشرف عليه[٨].

وعن أبي الحسين بن القطان وجه آخر: أنه لا يُضم إليه أحدٌ[٩] على هذا القول[١٠].

وعند أبي حنيفة[١١] وأحمد[١٢]: لا يُنتزع من يده، ولا يُضم إليه أحد.

---

(١) في (ز): (أوردها)، وفي (هـ): (أوردناها).

(٢) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٣) في (ز): (يقرر).

(٤) (التقطه): في (ز)، وفي غيرها: (التقط).

(٥) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥). قال المزني: «وهذا أولى به عندي». وكذا صححه الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥١).

(٦) قوله: (لا بل) سقط من (هـ).

(٧) في (هـ): (ولده).

(٨) وهو قول أبي علي الطبري في «الإفصاح». انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥١).

(٩) في (هـ): (عدل آخر).

(١٠) وهو قول ابن أبي هريرة أيضاً. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥١).

(١١) كذا ذكره عنه في «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٧).

(١٢) هذا إذا كان الفاسق يأمن نفسه عليها. =

وسواء قلنا: أنّه ينتزع من يده، أو يُضم إليه مشرف، ففي التعريف قولان:

أشبههما ـ وهو ظاهر نصه في «المختصر»[١] ـ: أنه لا يعتمد في التعريف؛ لأنه ربما يخون فيه[٢]، حتى لا[٣] يظهر المالك، بل يُضم إليه نظر العدل ومراقبته[٤].

والثاني: أنه يكتفي بتعريفه، فإنه الملتقط. وهذا رواية الربيع[٥]. ثم إذا تمَّ التعريف، فللملتَقِطِ التملك.

وقوله في الكتاب: (وفي أهليّة الفاسق والعبد والصبي قولان)، يجوز أن يُعَلَم لفظ القولين بالواو؛ للطريقة القاطعة بأهلية الفاسق، وهي جارية في الصبي أيضاً، ولا تجري في العبد باتفاق الأصحاب.

وقوله: (ولعلّ الأصحّ: أنهم يتملكون)، فيه تمثيل[٦]، لكنَّك[٧] قد عرفت أنه ظاهر المذهب في الفاسق بلا تمثيل. وكذا القول في الصبي. ثم إنه استأنس لذلك بالأخبار الواردة في اللقطة، فإنها مطلقة، لا تُفرِّق بين هؤلاء وغيرهم.

= وقال بعضهم: إن علم بها الحاكم أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً يحفظها ويتولى تعريفها، لأنها أمانة فلا يؤمن خيانته فيها. انظر: «الإنصاف» (٦/ ٤٢٤ – ٤٢٥)، «الكافي» (٢/ ٣٦٢)، «المحرر» (١/ ٣٧٢).

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (لا يخون).

(٣) قوله: (لا) سقط من (ي).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥١).

(٥) قال الشافعي: «أخرجها من يديه إلى مَنْ يعفّ عن الأموال ليأتي ربها، وأمره بتعريفها». «الأم» (٤/ ٦٨).

(٦) في (ط العلمية): (تمثيل الكتاب).

(٧) قوله: (أنهم يمتلكون فيه تمثيل لكنّك) سقط من (هـ).

وقوله: (إما أن ينتزع من يد الفاسق، أو ينصب عليه رقيباً)، ليس تخييراً، وإنما هو إشارة إلى ما قدمّنا[١] من القولين.

والكناية في قوله: (كما يراه)، لا ينصرف إلى أحد الأمرين، بل الوجه صرفها إلى الرقيب. والمعنى: ينصب رقيباً يختاره ويستصوبه[٢].

ويجوز إعلامُ: قولِه: (ينتزِع ويُنَصِّب)، بالحاء والألف؛ لما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة وأحمد.

وفي[٣] قوله: (إلى أن تمضي مُدّةُ التعريف)، إشارة إلى أنه يخلي بينه وبين اللقطة بعدها؛ ليتملكها. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

---

(١) في (هـ): (بينا).

(٢) في (هـ): (يستصونه).

(٣) قوله: (في) سقط في (ي)، (ط العلمية).

قال:

(وللعبدِ أن يُعرِّفَ ويتملَّكَ بإذنِ السيِّد، ويَحصُلُ المِلكُ للسيِّدِ[١]. وبغيرِ إذنِه فيه خلاف (و)؛ كما في الشراء. وإن تلفَ في يدِه قبلَ المُدّةِ فلا ضمان. وإن تلفَ[٢] بعدَ مُدّةِ التعريف؛ فإن أذنَ السيِّدُ في التملُّكِ تَعلَّقَ الضمانُ بالسيِّدِ (و)؛ لا برَقَبتِه؛ كما لو أذنَ في الشراء، وإن لم يأذَنْ تَعلَّقَ بذمّةِ العبد؛ لا بذمّة السيِّد[٣] ولا برَقَبتِه؛ لأنه لا جنايةَ[٤] منه ولا إذنَ من السيِّد. والمُكاتَبُ ومَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ كالحُرِّ على الأصحّ (و)؛ وهو المنصوص).

المسألة الثالثة: في التقاط العبد وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها[٥]: التقاط لم يأذن فيه السيد، ولا نهى عنه، وقد اختلف فيه قول الشافعي رضي الله عنه:

فأحد القولين ـ وبه قال أبو حنيفة وأحمد[٦] ـ: أنه يصح؛ لأن يد العبد يد سيده، فكأن السيد هو الملتقط، وهذا كما أنه إذا اصطاد أو احتطب، يعتبر ويكون الحاصل للسيد، ولا عبرة بقصده. وهذا القول نقله المزني عما وضعه بخطه، قال: ولا أعلمه سمع منه[٧].

---

(١) قوله: (ويحصل الملك للسيد) سقط من (ي).

(٢) في (ط العلمية): (تلف في يده).

(٣) في (ز)، (هـ): (المولى).

(٤) في (هـ)، (ط العلمية): (خيانة).

(٥) في (ي): (القرب الأول).

(٦) «الكافي» (٢/ ٣٦١)، «الإنصاف» (٦/ ٤٢٦).

(٧) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

والثاني ـ وهو المنصوص في «الأم»[١]، واختيار المزني[٢] ـ: أنه لا يصح؛ لأن اللقطة أمانة، وولاية في الابتداء، وتملك في الانتهاء، والعبد لا يملك، ولا هو من أهل الأمانة والولاية[٣].

وقد أشار صاحب الكتاب إلى ترجيح القول الأول في الفصل السابق، كما في التقاط الفاسق. لكن الشيخ أبا حامد والقاضي الروياني وغيرهما، حكموا[٤] بأن الثاني أصح. وفي «بعض الشروح»: أن ابن سُريج قال: القولان مبنيّان على أن العبد يملك.

فأما إذا فرَّعنا على الجديد ـ وهو أنه لا يملك ـ فليس له الالتقاط بحال، وفي هذا التباس من جهة أنه ليس القولان في أن العبد هل يملك مطلقاً، وإنما هما في أنّهُ هل يملك بتمليك السيد، ولا تمليك هاهنا من جهة السيد؟

التفريع: إن قلنا: لا يصحُّ التقاطه، لم يعتد بتعريفه. ثم لا يخلو، إما أن يعلم السيد بالتقاطه أو لا يعلم، فإن لم يعلم، فالمال مضمون في يد العبد، والضمان متعلق برقبته، أتلفه أو تلف بتفريط منه[٥] أو غير تفريط، كما في المغصوب[٦]. وإن علم به السيد، فله أحوالٌ:

إحداها[٧]: أن يأخذه[٨] من يده، وقدم الإمام مقدمة، وهي أن القاضي لو أخذ

(١) «الأم» (٤/ ٧٠ – ٧١).

(٢) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٣) وهو مقطوع لخدمة السيد عن ملازمة التعريف. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤٧ – ٤٤٨).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (حكوا).

(٥) قوله: (منه) زيادة في (ز)، (هـ).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤٨).

(٧) في (ط العلمية): (أحدها).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (أنه يأخذ).

المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك، هل يبرأ الغاصب من الضمان؟ فيه وجهان، ظاهر القياس منهما: البراءة؛ لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك، إن قلنا: لا تبرأ، فللقاضي أخذها منه. وإن قلنا: تبرأ، فإن كان المال عُرضة للضّياع، والغاصب بحيث لا يبعد أن يُفلس أو يغيب وجهه، فكذلك، وإلّا فوجهان:

أحدهما: أنه لا يأخذ؛ فإنه أنفع للمالك.

والثاني: يأخذ؛ نظراً لهما[1] جميعاً.

وليس لآحاد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن في معرض الضياع، ولا الغاصب، بحيث تفوت مطالبته ظاهراً. وإن كان كذلك فوجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأن القاضي هو النائب عن الغائبين. ولأن فيه ما يؤدي إلى الفتنة وشهر السِّلاح.

والثاني: الجوازُ؛ احتساباً ونهياً عن المنكر.

فعلى الأول: لو أخذ ضمن، وكان كالغاصب من الغاصب.

وعلى الثاني: لا يضمن، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق، وأولى بألاّ يبرأ. قال الإمام[2]: ويجوز أن يفرق بين أن يكون هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه، فلا يجوز. أو لا يكون، فيجوز.

إذا عُرف ذلك فقد قال معظم الأصحاب: إذا أَخَذَ السَّيِّدُ اللقطة من العبد، كان أخذه التقاطاً[3]؛ لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط، كان الحاصل في يده ضائعاً

---

(١) في (ز)، (هـ): (إليهما).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٧).

(٣) أطلق الماوردي الوجهين في أن يد السيد حينئذ يد التقاط أو يد أمانة، وقطع أبو إسحاق الشيرازي والبغوي بأنها يد التقاط. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤٨)، «المهذب» (١٥/ ٢٧٩)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٠).

بعد، ويسقط الضمان عن العبد؛ لوصوله إلى نائب المالك، فإن كل أهل الالتقاط[١] كأنه نائب عنه.

وبمثله أجابوا فيما لو أخذه أجنبي. إلّا أنّ صاحب «التتمة» جعل أخذ الأجنبي على[٢] الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة إنسان، فجاء غيره وأخذه. واستبعد الإمام[٣] قولهم بأن أخذ السيد التقاط؛ لأن العبد ضامن بالأخذ، ولو كان أخذ السيد التقاطاً لسقط الضمان عنه[٤]، فيتضرر[٥] به المالك. وهذا وجه قد أورده القاضي ابن كج وأبو سعد المتولي، وحكيا تفريعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده، ويسلمه إلى الحاكم؛ ليحفظه للمالك أبداً.

وأما الإمام[٦]، فإنه قال: إذا قلنا: إنه ليس بالتقاط، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكه، ففيه وجهان مرتبان[٧] على أخذ الآحاد المغصوب للحفظ، وأولى بعدم الجواز؛ لأن السيد ساعٍ لنفسه غيرُ محتسب. ثم يترتّب على جواز الأخذ حُصُول البراءة، كما قدّمنا.

وإن استدعى من الحاكم[٨] انتزاعه، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية. فإذا أزال، فأولى بأن تحصل البراءة؛ لتعلق غرض السيد بالبراءة، وكونه غير منتسب إلى العدوان حتى يغلظ عليه. والله أعلم.

---

(١) كذا في (ي)، وفي (ز): (التقاط)، و(هـ): (كان)، وفي (ط العلمية): (كان أهل للالتقاط).

(٢) قوله: (الأجنبي على) سقط من (هـ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٧-٤٦٨).

(٤) في (ي): (عليه)، وفي (ط العلمية): (يسقط الضمان عليه).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (ويتضرر).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٧-٤٦٨).

(٧) من قوله: (الإمام) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) في (هـ): (السيد).

الحالة الثانية: أن يُقرَّه في يده ويستحفظه عليه، ليعرِّفه، فإن لم يكن العبد أميناً، فهو متعدٍّ بالإقرار، وكأنه أخذه منه وردّه إليه. وإن كان أميناً، جاز كما لو استعان به في تعريف ما التقط بنفسه[1].

وفي «النهاية»[2]: أنّ في سقوط الضمان وجهين، وأن أظهرهما المنع. وقياس كلام الجمهور: سُقُوطُهُ[3].

الثالثة: ألا يأخذه، ولا يُقرّه، بل يهمله ويعرض عنه، فرواية المزني: أن الضمان يتعلق برقبة العبد[4] كما كان، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله؛ لأنه لا تعدي منه ولا أثر لعلمه، كما لو رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه منه. ورواية الرّبيع[5]: تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد؛ لأنه متعد بتركه في يد العبد. وعكس الإمام[6] وصاحب الكتاب في «الوسيط»[7]، فنسبا الأول إلى رواية الربيع، والثاني إلى رواية المزني. والمعتمد المشهور[8]: الأول، ثم اختلفوا فيهما على أربعة طرق:

قال الأكثرون: المسألة على قولين[9]:

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (لنفسه).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٦-٤٦٨).

(٣) كذا في «الحاوي» (٩/ ٤٤٨)، و«المهذب» (١٥/ ٢٧٩)، و«التهذيب» (٤/ ٥٦٠).

(٤) قال الشافعي: «فإن علم بها السيد فأقرها في يديه فهو ضامن لها في رقبة عبده». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٥) قال الشافعي: «فالسيد ضامن لها في ماله في رقبة العبد وغيره» «الأم» (٤/ ٧٠).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٤).

(٧) «الوسيط» (٤/ ٢٨٥).

(٨) في (ز)، (هـ): (والمستفيض).

(٩) كذا في «الحاوي» (٩/ ٤٤٩).

أظهرهما ـ على ما ذكره الروياني وغيره ـ: تعلقه بالعبد، وبسائر أموال[١] السيد، حتى لو هلك العبد لا يسقط الضمان، ولو أفلس السيد تقدم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء. ومن قال به، لم يسلم عدم[٢] وجوب الضمان فيما إذا رأى عبده يتلف مالاً، فلم يمنعه.

وعن أبي عليٍّ الطبريِّ: حمل منقول المزني على ما إذا كان العبد مميزاً، وحمل منقول الربيع على ما إذا كان غير مميز[٣].

وقطع بعضهم بما رواه المزني. وآخرون بما رواه الربيع، وبه قال أبو إسحاق[٤]، وغلطوا المزني في النقل، واستشهدوا بأنه روى في «الجامع الكبير» كما رواه الربيع[٥]، فأشعر بغفلته هاهنا عن آخر الكلام.

أمّا إذا قلنا بصحة التقاطه ـ وهذا الطريق هو المذكور في الكتاب ـ: فيصح تعريفه كما يصح التقاطه، وليس له بعد التعريف أن يتملكه لنفسه، وله التملك للسيد بإذنه. وأما بغير إذنه، فقد حكى المصنف فيه خلافاً، وأراد به طريقين، أشار إليهما الإمام[٦]:

أحدهما: أنه على الوجهين في أنه هل يصح اتهابه دون إذن السيد؟ أو على القولين في شرائه بغير إذن.

والثاني: القطع بالمنع، بخلاف الهبة، فإنها لا تقتضي عوضاً. وبخلاف الشراء،

---

(١) في (ط العلمية): (أقوال).

(٢) قوله: (عدم) سقط من (هـ).

(٣) وقال به ابن أبي هريرة أيضاً. «الحاوي» (٩/ ٤٤٩).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٧٩).

(٥) قال الماوردي: «وإن كنت قد قرأته فلم أجد ذلك فيه» «الحاوي» (٩/ ٤٤٩).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٩).

فإنّا إن صحّحناه، علّقنا الثمن بذمة العبد، وهاهنا يبعد ألا يطالب مالك اللقطة السيد المتملك؛ لأنه لم يرض بذمة العبد.

والأصح: المنع، سواء ثبت الخلاف أم لا. وعلى هذا، فعن بعض الأصحاب: أنه لا يصح تعريفه دون إذن السيد أيضاً.

والأصح: إلحاق التعريف بالالتقاط، كما مرّ. قال الإمام[١]: نعم، إن قلنا: انقضاء مدة التعريف يوجب الملك، فيجوز أن يقال: لا يصح تعريفه. ويجوز أن يقال: يصح.

ولا يثبت الملك في هذه الصورة، كما لا يثبت إذا عرف من قصد الحفظ أبداً.

ثم لا يخلو الحال، إما أن يعلم السيد بالالتقاط أو لا يعلم، فإن لم يعلم: فالمال أمانة في يد العبد. لكن لو كان معرضاً عن التعريف، ففي الضمان وجهان كالوجهين في الحُرِّ إذا امتنع من التعريف، أو[٢] أتلفه العبد بعد[٣] مدة التعريف، أو تملكه لنفسه فهلك عنده، ففي الضمان وجهان:

أحدهما: أنه يتعلق بذمته، كما لو استقرض قرضاً فاسداً واستهلكه[٤]. وبهذا أجاب الشيخ أبو محمد في «الفروق».

والثاني: برقبته، كما لو غصب شيئاً فتلف عنده. وليس كالقرض، فإن صاحب المال سلمه إليه.

ولو أتلفه في المدة، فجواب الجمهور: أن الضمان يتعلق برقبته، وكذا لو تلف بتقصير منه. وفرقوا بينه وبين الإتلاف بعد المدة، حيث كان على الخلاف السابق،

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧١).

(٢) في (ز): (ولو).

(٣) في (هـ): (بعد مضي).

(٤) في (هـ): (فاستهلكه)، وفي (ط العلمية): (أو استهلكه).

بأن الإتلاف في السنة جناية محضة؛ لأنه لم يدخل وقت التملك.

فأما بعدها، فالوقت وقت الارتفاق والإنفاق[١]، فاستهلاك العبد بمثابة استقراض فاسد. وحكى القاضي ابن كج ما ذكروه طريقة عن أبي الحسين. ونقل عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد، أن المسألة على قولين:

أحدهما: التعلق بالرقبة.

والثاني: التعلق[٢] بالذمة؛ لأنا إذا جوزنا له الالتقاط، فكأن المال حصل في يده برضا صاحبه، وحينئذ فالإتلاف لا يقتضي إلا التعلق بالذمة، كما لو أودع العبد مالا فأتلفه يكون الضمان في ذمته. ولمانع أن يمنع ذلك؛ لأن الضمان في[٣] الوديعة أيضاً متعلق برقبته على قول.

وإن علم به السيد، فله أخذه منه؛ كأكسابه التي يكتسبها. ثم هو كما لو التقط بنفسه[٤]، فإن شاء حفظه لمالكه، وإن شاء عرف وتملك. فإن كان العبد قد عرف بعض المدة، احتسب به[٥] وبنى. وإن أقره في يد العبد، فإن كان خائناً، ضمن السيد بإبقائه في يده. وإن كان أميناً، جاز.

ثم إن تلف المال في يده في مدة التعريف، فلا ضمان. وإن تلف بعدها، فإن أذن السيد في التملك، وجرى التملك، لم يخف الحكم. وإن لم يجر التملك بعد، ففي تعلق الضمان بالسيد وجهان منقولان في «النهاية»[٦]:

---

(١) قوله: (والإنفاق) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (التعلق) سقط من (ز).

(٣) من قوله: (ذمته) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) في (ز): (بنفسه شيئاً).

(٥) قوله: (به) سقط من (ي).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧١).

أظهرهما: يتعلق؛ لإذنه في سبب الضمان، فصار كما لو أذن له في استيام شيء فأخذه وتلف في يده.

والثاني: لا يتعلق، كما لو أذن له في الغصب فغصب.

فإن قلنا بالثاني فيتعلق الضمان برقبة العبد. وإن قلنا بالأول فهو متعلق بذمة العبد، حتى يطالب به بعد العتق، كما أن السيد مطالب به.

هكذا ذكره الإمام[1] وصاحب الكتاب في «الوسيط»[2].

وربما أفهم قوله في الكتاب: (تعلق الضمان بالسيد لا برقبته)، انقطاع الضمان عن العبد من كل وجه، فليحذر الغلط.

وقوله: (كما لو أذن في الشراء)، جواب على الأظهر في أن السيد مطالب بديون معاملة عبده. وفيه خلاف مذكور في موضعه أصلاً وشرحاً[3].

فلك أن تعلم؛ لما ذكرنا، قوله: (بالسيد)، وقوله: (لا برقبته)، وقوله: (كما لو أذن في الشراء)، جميعاً[4] بالواو.

وإن لم يأذن السيد في التملك، فوجهان في أن الضمان يتعلق بذمة العبد أو برقبته:

أظهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يتعلق بذمته؛ لأنه لا جناية[5] منه.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧٢).

(٢) «الوسيط» (٤/ ٢٨٦).

(٣) في (ط العلمية): (شرطاً).

(٤) في (ز)، (ط العلمية): (جميعها).

(٥) في (ز): (خيانة).

والثاني: برقبته؛ لأنه دينٌ لزم لا برضا[١] مستحقه.

ولا يتعلق الضمان بالسيد بحال؛ لعدم الإذن.

ولو أتلفه العبد بعد المدة، فعلى ما تقدم من الخلاف.

هذا هو الكلام في الضرب الأول. وهل من فرق بين أن يقصد بالالتقاط نفسه أو سيده[٢]؟ عن صاحب «التقريب»: أن القولين في المسألة مفروضان فيما إذا نوى بالتقاطه نفسه[٣]، فأما إذا نوى[٤] سيده، فيحتمل أن يطرد القولان، ويحتمل أن يقطع بالصحة.

وعكس القاضي ابن كج فقال: القولان فيما إذا التقط ليدفعها إلى سيده. أما إذا قصد نفسه، فليس له الالتقاط قولاً واحداً، بل هو متعدٍّ بالأخذ. وحكاه عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد.

الضرب الثاني: التقاط مأذون فيه من جهة السيد، مثل أن يقول: «مهما وجدت ضالّةً فخذها، وائتني بها»، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بالصحة، وإليه ميل الإمام[٥]، كما لو أذن له في قبول الوديعة صح منه قبولها.

والثاني ـ عن ابن القطّان عن ابن أبي هريرة ـ: طرد القولين؛ لما في اللقطة من معنى الولاية، والإذن لا يفيد أهلية الولاية.

---

(١) في (ط العلمية): (يرضى)، وفي (هـ): (لازم برضا).

(٢) قوله: (أو سيده) سقط من (ي).

(٣) قوله: (بالتقاطه نفسه) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (فأما إذا نوى) سقط من (ي).

(٥) والماوردي. «الحاوي» (٩/ ٤٥٠). «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧٢).

وإذا أذن له في الاكتساب مطلقاً، هل يدخل فيه الالتقاط؟ فيه وجهان والله أعلم.

الضرب الثالث: التقاطٌ منهيٌّ عنه من جهة السيد، فعن الإصطخريِّ: القطع بالمنع. وعن غيره: طرد القولين[(١)].

فرعٌ:

إذا التقط لقطة ثم أعتقه السيد[(٢)]، فإن صححنا التقاطه: فهي كسب عبده، يأخذها السيد ويعرفها ويتملكها. فإن كان العبد قد عَرّف، اعتدّ به. هذا ظاهر المذهب[(٣)]. وعن ابن القطان وجهان في أن السيد أحقُّ بها؛ اعتباراً بوقت الالتقاط، أو العبد؛ اعتباراً بوقت الملك. وشبهها[(٤)] بما إذا عتقت الجارية[(٥)] تحت عبد، ولم تفسخ. حتى عَتَقَ العبد. وإن لم نصحح التقاطه:

قال القاضي ابن كج: للسيد حق التملك، إذا قلنا: إن للسيد التملك على هذا القول.

وجواب معظم الأصحاب: أنه ليس للسيد أخذها؛ لأن حق السيد لم يتعلق بها لكون العبد متعدياً وقد زالت ولايته بالعتق. وعلى هذا، فهل للعبد تملكها؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ويُجْعَلُ كأنه التقط بعد الحُرِّية[(٦)].

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٠).

(٢) في (ط العلمية): (السيل).

(٣) وصححه الماوردي، وقطع به البغوي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٠)، «التهذيب» (٤/ ٥٦١).

(٤) في (ز)، (هـ): (وشبهه).

(٥) قوله: (الجارية) زيادة في (ز).

(٦) ورجحه أبو إسحاق الشيرازي. «المهذب» (١٥/ ٢٨٠).

والثاني: المنع؛ لأنه[١] لم يكن أهلًا للأخذ، فعليه تسليمها إلى الإمام.

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: في التقاط المكاتب طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في التقاط القِنِّ؛ لتعارض معنى الولاية والاكتساب.

وثانيهما: القطع بصحته؛ لأنه مستقل بالتملك والتصرف كالحر، وله ذِمَّةٌ يمكن استيفاء الحقوق منها. وهذا ظاهر نصه في «المختصر»[٢]، واختيار صاحب «التهذيب»[٣]. لكن الأول أصح عند الأكثرين. إلا أن أصح القولين هاهنا باتفاق الناقلين: صحته[٤].

وقوله في الكتاب: (كالحر على الأصح)، محتمل لأصح القولين، ولأصح الطريقين، اختياراً للثاني. ووراء ذلك أمورٌ تستغرب:

أحدها: عن ابن القطان رواية طريقة قاطعة بالمنع، بخلاف القِنّ؛ لأن سيده ينتزعه من يده، والمكاتب انقطعت ولاية[٥] السيد عنه على نقصانه.

والثاني: حكى القاضي ابن كجّ اختلافاً في أن الخلاف المذكور في المكاتب سواء صحت الكتابة أو فسدت، أو في[٦] المكاتب كتابة صحيحة؟ وأما المكاتب كتابة فاسدة، فهو كالقن لا محالة. والصحيح الثاني.

---

(١) قوله: (المنع لأنه) سقط من (هـ).

(٢) قال الشافعي: «والمكاتب في اللقطة كالحر، لأن ماله يُسلم له». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٦٢).

(٤) وهناك طريقة ثالثة وهي التفرقة بين حالين: إن كانت الكتابة صحيحة فهو كالحر، وإن كانت فاسدة فهو كالعبد. وهذا اختيار أبي علي الطبري. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٢)، «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٥).

(٥) في (هـ): (يد).

(٦) في (هـ): (وفي).

والثالث: نقل الإمام[١] عن تفريع العراقيين على القطع بالصحة، أن[٢] في إبقاء اللقطة في يده قولين، على ما مر في الفاسق، وكتبهم ساكتة عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى. فإن صححنا التقاط المكاتب، عَرَّفَ اللقطة وتملكها ويبذلها في[٣] كسبه

وفي تقديم صاحب اللقطة بها على سائر الغرماء وجهان مذكوران في «أمالي أبي الفرج الزاز»[٤].

وإذا عتق في مدة التعريف، أتم التعريف وتملك. وإن عاد إلى الرِّقِّ قبل تمام التعريف، فالنقل: أن القاضي يأخذها ويحفظها للمالك، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها[٥]؛ لأن التقاط المكاتب لا يقع للسيد ابتداء، فلا ينصرف إليه انتهاء[٦].

وقال صاحب «التهذيب»[٧]: وجب أن يجوز له[٨] الأخذ والتملك؛ لأن الالتقاط اكتساب، وأكساب المكاتب عند عجزه للسيد. قال: وكذا لو مات المكاتب، أو العبد قبل التعريف[٩]، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك، كما أن الحر إذا التقط، ومات قبل التعريف يُعَرِّف الوارث، ويتملك.

أما إذا لم نصحح التقاطه فالتقط، صار ضامناً، ولا يأخذ السيد اللقطة منه؛

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧٤-٤٧٥).

(٢) قوله: (أن) سقط من (هـ).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (أو يبدلها من)، وفي (ز): (بذلها).

(٤) في (هـ): (أبي الفرج الوراق السرخسي).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (أو تملكها).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٦٢).

(٧) «التهذيب» (٤/ ٥٦٢).

(٨) قوله: (له) سقط من (ي).

(٩) من قوله: (وجب أن) إلى هنا سقط من (هـ).

لأنه لا ولاية له على المكاتب، ولكن يأخذها القاضي ويحفظها. هكذا ذكروه.

ولك أن تقول: ألستم ذكرتم تفريعاً على منع الالتقاط في القِنِّ، أن للأجنبي أن يأخذها منه، ويكون ملتقطاً، ولم تعتبروا[١] الولاية، وليس السيد في حق المكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في حق[٢] القن[٣]، وإذا أخذها الحاكم، بَرِئَ المكاتب من الضمان.

ثم كيف الحكم؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره: أنه يُعَرِّفُها، فإذا انقضت مدة التعريف تملكها المكاتب. والأصح: أنه ليس له التملك، فإن التفريع على فساد الالتقاط، ولكن إذا أخذها، حفظها إلى أن يظهر[٤] مالكها.

الصورة الثانية: من بعضه حُرٌّ وبعضه رقيقٌ، في التقاطه طريقان، كما في حق[٥] المكاتب؛ لاستقلاله بالملك والتصرف، وقوّة ذمَّتِهِ. قال الشَّاشِيُّ في «المعتمد»[٦]: ويمكن أن يُفصَّل، فيقال: يصح التقاطه بقدر الحرية قولاً واحداً، والطريقان فيما سواه. وهذا الذي أبداه احتمالاً، هو الذي أورده صاحب «التتمة».

فإن قلنا: لا يصح التقاطه، فهو متعدٍّ بالأخذ، ضامن بقدر الحرية في ذمته يؤخذ منه إن كان له مال، وبقدر[٧] الرق في رقبته. وذكر[٨] القاضي ابن كج: وجهين في أنه يُنتزع منه، أو يبقى في يده ويضم إليه مشرف؟ والظاهر الانتزاع[٩]. ثم

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (ولم يعتبر والولاية)، وفي (هـ): (ولم تعتبر الولاية).

(٢) قوله: (حق) زيادة في (ز).

(٣) قوله: (في حق القن) سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (حتى يظهر).

(٥) قوله: (حق) سقط من (هـ).

(٦) وقال في «الحلية»: «فالمنصوص أنه كالحر» (٥/ ٥٤٦).

(٧) في (هـ): (أو بقدر).

(٨) في (ي): (ونقل).

(٩) في (هـ): (أن لا ينتزع).

وجهين[١] على القول بالانتزاع: في أنه يسلم إلى السيد[٢]، أو يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه؟ والأظهر الثاني.

فإن سُلِّم إلى السيد، فعن أبي حفص بن الوكيل: أن السيد يُعرِّفُهُ ويتملكه. قال القاضي[٣]: ويُحتمل عندي أن يقال: يكون بينهما بحسب الرق والحرية.

وإن صحَّحناه: فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة، فاللقطة بينهما، يعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية، وهما كشخصين التقطا مالاً[٤]. وعن ابن الوكيل: أن السيد يختص بها؛ إلحاقاً للقطته بلقطة القن.

وإن كانت بينهما مهايأة، فيُبْنى على أن الأكساب النادرة، هل تدخل في المهايأة؛ لأن اللقطة نادرة؟ وفيه قولان[٥]، ويقال: وجهان؛ لأن القولين ليسا بمنصوصين في هذا الأصل على إطلاقه وإنما هما في اللقطة، ثم ألحق غيرها بها. وقد ذكرناهما بتوجيههما في زكاة الفطر[٦]. وميل العراقيين والصيدلاني في ذلك[٧] الباب: إلى ترجيح عدم الدخول.

ثم[٨] إنهم مع سائر الأصحاب، كالمتَّفقين هاهنا على ترجيح الدخول، وهو

---

(١) في (ز)، (هـ): (الوجهان).

(٢) في (هـ): (للسيد).

(٣) وبمثل قوله قال الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٣).

(٤) في (ي): (وهذا كشخص التقط مالًا).

(٥) قال الماوردي: «يدخل فيها، وهو أظهرهما» «الحاوي» (٩/ ٤٥٣).

(٦) الأظهر: أنها تدخل في المهايأة، لأن مقصود المهايأة التفاضل والتمايز، فليختص كل واحد منهما بما يتفق في نوبته من الغنم والغرم. انظر ما سلف (٤/ ٣٥٣).

(٧) في (هـ): (من ذكر).

(٨) قوله: (ثم) سقط من (ط العلمية).

نصُّه في «المختصر»[١]. وعلى هذا، فإن وقعت اللقطة في نوبة السيد، عرّفها وتملكها. وإن وقعت في نوبة العبد، فكذلك.

والاعتبار بيوم الالتقاط، لا بوقت[٢] الملك[٣]. وأشار في «النهاية»[٤] إلى وجه آخر، وهو اعتبار وقت التملك.

وأبدى تردداً فيما إذا وقع الالتقاط في نوبة أحدهما، وانقضاء[٥] مدة التعريف في نوبة الآخر. ولا معنى لهذا التردد، بل الجواب يختلف بحسب التفريع على الوجهين.

وإن قلنا: الكسب النادر لا يدخل في المهايأة، فالحكم كما لو لم يكن بينهما مهايأة. والمُدبَّر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد: كالقن في الالتقاط[٦].

لكن حيث حكمنا بتعلق[٧] الضمان برقبة القن[٨]، ففي أم الولد يجب على السيد، علم التقاطها أو لم يعلم؛ لأن جناية أم الولد على سيدها. وفي «الأم»[٩]: أنه إن عَلِمَ سيدها، فالضمان في ذمته. وإن لم يعلم، ففي ذمتها. وهذا لم يثبتوه، وقالوا: إنه سهو من كاتب، أو غلط من ناقل، وربما حاولوا[١٠] له تأويلًا. والله أعلم.

---

(١) قال في «المختصر»: «والمكاتب في اللقطة كالحر، لأن ماله يسلم له، والعبد نصفه حر ونصفه عبد، فإن التقط في اليوم الذي يكون فيه مخلى لنفسه، أقرت في يده وكانت بعد السنة له، كما لو كسب فيه مالاً كان له. وإن كان في اليوم الذي لسيده، أخذها منه، لأن كسبه فيه لسيده». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥-٢٣٦).

(٢) في (هـ): (بيوم).

(٣) كذا قال الشاشي، بناء على القول بأنه كالحر. انظر: «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٦).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧١).

(٥) في (ز)، (هـ): (وانقضى).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٢)، «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٦)، «التهذيب» (٤/ ٥٦٢).

(٧) في (ز): (بصحة تعلق).

(٨) في (هـ): (برقبة العبد القن).

(٩) «الأم» (٤/ ٧١).

(١٠) في (هـ): (فربما أولوا).

قال:

(وأمّا الصبي: فينبغي أن ينتزعَه الوليُّ مِن يدِه، ويتَملَّكَ له بعدَ[١] مُدّةِ التعريف. فإن أتلفَه الصبيُّ ضَمِن. وإن تلفَ في يدِه فوجهان؛ وجه[٢] الإيجاب: أنه ليس أهلاً للأمانة، ولم يُسلِّطْه المالكُ عليه، بخلافِ الإيداع عندَ الصبيِّ.

وإن[٣] قَصَّـرَ الوليُّ ولم ينتزعه[٤] مِن يدِه حتى أتلفَه الصـبيُّ أو تَلِفَ؛ فقرارُ الضمانِ على الوليّ؛ لأنه مُلتزِمٌ[٥] حفظَ الصبيِّ عن مثلِه).

المسألة الرابعة: في التقاط الصبي طريقان، كما ذكرناهما في الفاسق[٦]، الأصح صحته[٧] كاحتطابه واصطياده.

التفريع[٨]:

إن قلنا: يصح التقاطه: فإن لم يشعر به الولي، وأتلفه الصبي[٩]، ضمن. وإن تلف في يده، فوجهان[١٠]:

---

(١) في (ز)، (هـ): (ويتملكه بعد)، وفي (ط العلمية): (ويتملك له مدة ...).
(٢) في (ي)، (ط العلمية): (ووجه).
(٣) في (ط العلمية): (فإن).
(٤) في (ط العلمية): (ينزعه).
(٥) في (ي): (يلتزم).
(٦) قوله: (الفاسق) سقط من (هـ).
(٧) وقطع به في «المهذب» (١٥/ ٢٨٠ - ٢٨١)، «التهذيب» (٤/ ٥٥٩)، وعلى ولي الصبي أن ينتزعه من يده.
(٨) قوله: (التفريع) سقط من (هـ).
(٩) في (هـ): (الأجنبي).
(١٠) أطلقهما القفال الشاشي. وقطع البغوي بعدم الضمان. «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٩)، «التهذيب» (٤/ ٥٥٩).

أصحهما: أنه لا ضمان عليه، كما لو أودع مالاً فتلف عنده.

والثاني: يضمن؛ لأنه وإن جعل أهلاً للالتقاط، فلا يُقرر[١] المال في يده، ولا يجعل أهلاً للأمانة. ويخالف الوديعة؛ لأن[٢] المودع سلطه عليه.

ومن قال بالأول، قال: تسليط الشرع يغني عن تسليط المالك. وإن شعر به الولي، فينبغي أن ينتزعه من يده، ويعرفه مدة التعريف.

ثم إن رأى[٣] المصلحة في تملكه[٤] للصبي جاز حيث يجوز الاستقراض عليه؛ لأن تملك[٥] اللقطة كالاستقراض[٦]. وقال ابن الصباغ: عندي يجوز التملك له[٧] وإن كان ممن لا يجوز[٨] الاستقراض عليه[٩]؛ لأنا نُلْحِقه على هذا القول بالاكتساب.

وإن لم ير[١٠] التملك له، حفظه[١١] أمانة، أو سلمه إلى القاضي.

وإذا احتاج التعريف إلى مؤونة، لم يصرف من مال الصبي[١٢] بل يُرْفع الأمر

(١) في (هـ): (يقر).
(٢) في (هـ): (فإن).
(٣) في (هـ): (رأى الإمام).
(٤) في (ي): (تمليكه)، وفي (هـ): (تملكه الصبي).
(٥) في (هـ): (لأنه يملك).
(٦) من حيث ضمان البدل. انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٨١).
(٧) قوله: (له) سقط من (ي).
(٨) في (ي): (مما يجوز).
(٩) من قوله: (وقال ابن الصباغ) إلى هنا سقط من (ز).
(١٠) في (ط العلمية): (نر)، والمقصود لم ير الولي التملك للصبي.
(١١) في (ط العلمية): (حفظ).
(١٢) في (ز)، (هـ): (لم يصرف مال الصبي إليه).

إلى الحاكم؛ ليبيع جزءاً من اللقطة لمؤونة التعريف. ويجيء وجه ـ مما سيأتي في التقاط الغنم ونحوها ـ: له[١] أن يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم.

ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع من غير تقصير، فلا ضمان. وإن قصَّر الولي بتركها[٢] في يده حتى تلفت، أو أتلفها، فعليه الضمان. وشبهوه بما إذا احتطب[٣] الصبي، وتركه الولي في يده حتى تلف أو أتلفه، يجب الضمان على الولي؛ لأن عليه حفظ الصبي عن مثله.

قال صاحب «التهذيب»[٤]: ثم يُعرّف التالف، وبعد التعريف يتملك الصبي[٥]، إن كان النظر فيه. ويشبه أن يكون هذا فيما إذا فُرض قبض من جهة القاضي؛ ليصير المقبوض ملكاً للملتقط، أو إفرازاً من جهة الولي إذا قلنا: إن من التقط شاة[٦] وأكلها، يفرز بنفسه[٧] قيمتها من ماله. وسيأتي ذلك[٨]، إن شاء الله تعالى.

أمّا الضمان في الذمة، فلا يمكن تملكها للصبي.

وإن قلنا: لا يصح التقاط الصبي: فلو التقط وتلفت اللقطة في يده، أو أتلفها وجب الضمان في ماله. وليس للولي أن يقرها في يده، ولكن يسعى في انتزاعها[٩]،

---

(١) قوله: (له) سقط من (ز)، (هـ)، وفي (ز): (أنه).

(٢) في (هـ): (في تركها).

(٣) في (هـ): (اغتصب).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥٦٠).

(٥) في (ز): (للصبي).

(٦) في (هـ): (الملتقط).

(٧) في (ي): (يلزمه).

(٨) في (هـ): (ذلك كله).

(٩) في (ط العلمية): (انتزاعها من يده).

فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي، فعل. وإذا انتزع[١] القاضي، ففي براءة الصبي عن الضمان ـ على ما حكاه الإمام[٢] ـ: الخلاف المذكور في انتزاع القاضي[٣] المغصوب من الغاصب، وأولى بحصول البراءة؛ نظراً للطفل. وإن لم يمكنه رفع الأمر إلى القاضي، أخذه بنفسه.

وتبنى براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد. فإن لم تحصل البراءة، ففائدة الأخذ صون عين[٤] المال عن التَّضْييع والإتلاف[٥].

قال في «التتمة»: وإذا أخذه الولي، فإن أمكنه التسليم إلى القاضي، فلم يفعل حتى تلف، فعليه الضمان. وإن لم يمكنه، فقرار الضمان على الصبي. وفي كون الولي طريقاً، وجهان.

وهذا إذا أخذ الولي لا[٦] على قصد الالتقاط. أمّا إذا قصد ابتداء الالتقاط، ففيه وجهان، وليكونا كالخلاف في الأخذ[٧] من العبد على هذا القصد إذا لم نصحح التقاطه.

ولو قصّر الولي وترك المال في يده، ففي «التتمة»: أنه لا ضمان عليه إذا تلف؛ لأنه لم يحصل في يده، ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه الحفظ له. بخلاف ما إذا فرَّعنا على القول الأول.

---

(١) قوله: (انتزع) سقط من (هـ).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٩-٤٦٠).
(٣) من قوله: (ففي براءة) إلى هنا زيادة في (ي)، (ز)، (هـ).
(٤) قوله: (عين) سقط من (ز).
(٥) في (هـ): (عن الضياع، وإلا فلا).
(٦) قوله: (لا) سقط من (هـ).
(٧) في (هـ): (وليكونا كالأخذ).

وخصّص في «النهاية»[1] هذا الجواب بما إذا قلنا: إنّ أخذه لا يُبرِئُ الصبي. أمّا إذا قلنا: إنه يُبرئه، فعليه الضمان؛ لإبقائه الطفل في ورطة الضمان.

ويجوز أن يضمن وإن قلنا: إن أخذه لا[2] يُبرِئ الصبي؛ لأن المال في يد الصبي عُرْضَةٌ للضّياع[3]، فمن حقه أن يصونه.

والمجنون، كالصبي في الالتقاط. وكذلك المحجور عليه بالسفه[4]، إلا أنه يصح تعريفُهُ، ولا يصح تعريف الصبي والمجنون[5].

وقوله في الكتاب: (ويتملك له بعد مدة التعريف)، مطلقٌ، لكنه محمول على ما إذا كان بحيث يجوز الاستقراض له. على ما أورده المعظم.

وقوله: (بخلاف الإيداع)، يمكن أن يكون المقصود منه الفرق بين تلف اللقطة في يده، وبين تلف الوديعة[6] فقط.

ويمكن صرفه إلى صورتي التلف والإتلاف جميعاً؛ فإن الوديعة لو تلفت، لا يضمنها قطعاً. ولو أتلفها ففيه خلاف، على العكس من اللقطة.

وقوله: (فقرار الضمان على الولي)، يُشْعِرُ بأن الصبي ضامن أيضاً على المعهود من لفظ القرار.

ولكن المفهوم من كلام الأصحاب: تخصيص الضمان في هذه الحالة بالولي. والله أعلم بالصواب.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٦٠).

(٢) قوله: (لا) سقط من (ي).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (الضياع).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٨٠)، «حلية العلماء» (٥/ ٥٤٩).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٦٠).

(٦) في (هـ): (تلف اللقطة في مدة التعريف وبين مدة الوديعة).

قال:

(أما اللُّقْطة: فهي[١] كلُّ مالٍ مُعرَّضٍ للضَّياع؛ كان في عامرِ الأرض أو غامِرِها. وذلك ظاهرٌ في كلِّ جمادٍ وحيوانٍ صغير. أمّا الإبلُ وفي معناها[٢] البقرُ والحِمار؛ إن وُجِدَ في صحراءَ؛ لم يُلْتقَط (ح)؛ لورودِ الخبر، وإن[٣] وُجِدَ في عُمْران: فقد قيل: يُلتقَط؛ لأنه يضيعُ بامتدادِ يدِ الناس إليه. ولو وجدَ كلباً التقطَه، واختصَّ بالانتفاع به[٤] بعدَ مُدّةِ[٥] التعريف).

الركن الثالث: الشّيءُ المُلتقط، وهو إما مال أو غيره. القسم الأول: المال، وهو جمادٌ وحيوان.

الضرب الأول: الحيوان: والكلام في غير[٦] الآدمي ثم في الآدمي، أمّا غير الآدمي فنوعان:

أحدهما: ما يمتنع من صِغار السِّباع، إما بفضل قوته كالإبل والخيل والبغال والحمير[٧]، أو بشدة عدوه كالأرانب والظباء المملوكة، أو بطيرانه[٨] كالحمام، فينظر:

---

(١) في (هـ)، (ط العلمية): (فهو)، وفي (ز): (فكل).

(٢) في (ط العلمية): (وفي معناه)، وفي (ي): (وما في معناه من). وما أثبته من (ز)، (هـ)، وهو الصواب، لأن الإبل اسم جمع مؤنث. حيث إن كل اسم جمع لا واحد له من لفظه، إذا كان لما لا يعقل، يلزمه التأنيث، وتدخله الهاء عند التصغير. انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢) (الإبل).

(٣) في (ط العلمية): (ولو).

(٤) قوله: (به) سقط من (ي)، (هـ).

(٥) قوله: (مُدّة) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (غير) سقط من (ز).

(٧) قوله: (والحمير) سقط من (هـ).

(٨) في (ي)، (ط العلمية): (لطيرانه).

إن وُجدت في مفازة: فللحاكم ومنصوبه أخذها؛ للحفظ[١]، وقد روي: «أن عمر كانت له حظيرة يحفظ فيها الضَّوال»[٢]. وفي آحاد الناس وجهان:

أحدهما: أنّ لهم الأخذ؛ للحفظ أيضاً، كيلا يأخذها خائنٌ فيُضيّعها.

والثاني: المنع؛ إذْ لا ولاية للآحاد على مال الغير. وهذا أظهر عند صاحب «التهذيب»[٣].

والأول أظهر عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما، ويُحكى عن رواية الربيع عن النص[٤].

وأما أَخْذُها للتملك، فهو غيرُ جائزٍ، خلافاً لأبي حنيفة[٥] رضي الله عنه.

لنا: قولُه ﷺ في ضالة الإبل: «مالك ولها، معها سقاؤها» في الحديث المذكور في أول الباب، والمعنى فيه: أن مثل هذا الحيوان[٦] مصون عن أكثر السِّباع

---

(١) ويسمها بسمة الضوالّ، فإن لم يكن له حمى حفظها اليومين والثلاثة إن كان يرجو حضور صاحبها، وإلا باعها وحفظ ثمنها. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٥ - ٥٥٦).

(٢) قال ابن حجر: «رواه مالك في «الموطأ»» «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٧). والذي في «الموطأ»: عن «مالك أنه سمع ابن شهاب يقول: «كانت ضوالُّ الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلاً مؤبلة تَنَاتَجُ لا يمسها أحد»» كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوال. ص٥٣٨ (١٤٤٥).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٥٥٥).

(٤) قال الشافعي: «وإذا وجد رجل بعيراً فأراد رده على صاحبه، فلا بأس بأخذه» «الأم» (٤/ ٦٩).

(٥) يجوز عند الحنفية ذلك، لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس. وقالوا عما ورد من الأحاديث في المنع، بأن ذلك كان لغلبة أهل الصلاح والأمانة فلا تصل إليها يد خائنة، فإذا تركها وجدها. أما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده، ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى. انظر: «الاختيار» (٣/ ٣٤)، «الهداية» و«فتح القدير» (٦/ ١٢٥)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٠)، «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٣٣)، «المبسوط» (١١/ ١٠ - ١١).

(٦) قوله: (الحيوان) سقط من (ي).

بامتناعه، مُسْتغنٍ بالرّعي، والنظر[١] للمالك ألّا يتعرض له حتى يجده. والغالب أنّ من أضلّ شيئاً طلبه حيث ضيّعه. ولو[٢] أخذها أحدٌ[٣] على قصد التّملك، ضَمِنها، ولم يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع[٤].

وعن أبي حنيفة[٥] رضي الله عنه: أنه يبرأُ بردِّها إلى موضعها.

إلّا أن يخلصها من نارٍ أو ماءٍ، ثم يردها إليه. ولو ردّها إلى الحاكم، برئ على أصح الوجهين[٦].

وإن وُجدت في بلدةٍ أو قريةٍ أو موضعٍ قريبٍ منها، فوجهان، أو قولان:

أحدهما: لا يجوز التقاطها للتملك، كما لو وجدت في المفازة؛ لإطلاق الحديث.

وأصحهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يجوز[٧]، لأنها في العمران تضيع[٨] بامتداد اليد الخائنة، بخلاف المفازة فإن طروق الناس بها لا يعُمُّ. ولأنها لا تجد

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (بالنظر).

(٢) (ولو): في (ز)، وفي غيرها: (فلو).

(٣) في (ز): (آخذ).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٩).

(٥) عند أبي حنيفة: يبرأ بردها إلى موضعها إذا كان قد أخذها لصاحبها وأشهد عليها. فإن لم يشهد وجب عليه الضمان إن ردها إلى موضعها وضاعت.
والعلة في براءته: أنه قد أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل، فصار كأن لم يأخذها أصلاً. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠١).

(٦) كذا صححه البغوي، وأطلق الماوردي الوجهين. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٦)، «الحاوي» (٩/ ٤٢٩).

(٧) وحكاه المزني فيما وجده بخطه. «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٨).

(٨) قوله: (تضيع) سقط من (هـ).

ما يكفيها. ولأن البهائم في العمران[١] لا تهمل، وفي الصحراء قد تسرح وتهمل، فيحتمل أنّ صاحبها لم يضلّها.

وحكى القاضي ابن كجّ عن رواية القاضي أبي حامد، طريقين آخرين في المسألة:

أحدهما: القطع بالأول.

والثاني: القطع بالثاني.

فإن منعنا: فالتقاطها على قصد التملك، كما ذكرنا في التقاطها من[٢] الصحراء، وإن جوّزناه: فعلى ما سنذكره في النوع الثاني. هذا إذا كان الزمان زمان أمنٍ.

فأما في[٣] زمان النهب والفساد، فيجوز التقاطها[٤]، سواء وُجدت في الصحارى، أو في العمران[٥]، كما سيأتي فيما لا يمتنع من صغار السباع. ذكره صاحب «التتمة» وغيره.

النوع الثاني: ما لا يمتنع من صغار السباع كالكسير[٦] والغنم والعجاجيل[٧]

---

(١) في (ط العلمية): (العمرات).

(٢) في (هـ): (في).

(٣) في (هـ): (فأما إذا كان الزمان).

(٤) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٦).

(٥) في (هـ): (فيجوز التقاطها من الصحراء ومن العمران).

(٦) يقال شاة كسير فعيل بمعنى مفعول، إذا كسرت إحدى قوائمها. «المصباح المنير» (٢/ ٥٣٣) (كسرتُه).

(٧) العجاجيل: جمع عجل وهو ولد البقرة ما دام له شهر وبعده ينتقل عنه الاسم. «المرجع السابق» (٢/ ٣٩٤) (عجل).

والفصلان[١]، فيجوز أخذها للتملك، سواء وُجدت في المفازة أو العمران[٢]؛ لأنها لو لم تُؤْخذ لضاعت بتناوش السباع، أو باختزال[٣] بعض الخائنين، كما قال ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[٤].

وعن صاحب «التقريب» وجه: أن ما يُوجد منها في العمران لا يُؤخذ؛ لأن الحيوان لا يكاد يضيع. والمذهب الأول[٥].

ثم إن وجد شيئاً منها في المفازة، فهو بالخيار[٦] بين أن يُمسكها ويُعَرِّفها ويتملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويُعرِّفها ثم يتملك ثمنها[٧]، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويغرم قيمتها[٨]. وعن مالكٍ[٩] رحمه الله: أن له أكلها مجَّاناً.

ثم الخصلة[١٠] الأولى أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة.

---

(١) الفُصلان: جمع فصيل وهو ولد الناقة، لأنه يفصل عن أمه، فهو فعيل بمعنى مفعول. «المرجع السابق» (٢/ ٤٧٤) (فصلته).

(٢) في (ز)، (هـ): (أو في العمران).

(٣) في (ط العلمية): (باحتيال).

اختزال: يقال اختزلته اقتطعته، واختزلت الوديعة: خنت فيها ولو بالامتناع من الرد، لأنه اقتطاع عن مال المالك. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٦٨) (اختزلته).

(٤) تقدم تخريجه ص٣٩٥ من هذا الجزء.

(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٧).

(٧) من قوله: (ويتملكها) إلى هنا سقط من (هـ)، وفي (ز): (ثم يتملك الثمن).

(٨) في (ي): (ثمنها).

(٩) هذا عند المالكية: إذا لم يتيسر حملها للعمران. فإن تيسر حملها أو سوقها، حملت إلى العمران، ووجب تعريفها، وليس له أكلها، فإن أكلها ضمن. ثم هو في المفازة مخير بين الأكل أو الصدقة بها. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٢)، «الكافي» ص٤٢٦ - ٤٢٧.

(١٠) في (ط العلمية): (الحصة).

وإن وجدها في العمران، فله الإمساك والتّعريف والتملك، وله البيع والتّعريف وتملك الثّمن، وفي الأكل قولان[١]:

أحدهما: الجواز، وبه قال الشيخ أبو حامد، كما في الصحراء[٢].

وأرجحهما[٣] ـ عند الأكثرين ـ: المنع[٤]؛ لأن البيع في العمران سهل، وفي الصحراء قد لا يجد من يشتريها، ويشق نقلها إلى العمران.

هذا إذا كانت مأكولة. وأما الجحش وصغار ما لا يُؤكل، فحكمها في الإمساك والبيع حُكمُ المأكول.

وهل يجوز تملّكها في الحال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم يجوز[٥] كما يجوز أكل المأكول[٦]، ولو لم يجز ذلك، لأعرض عنها واجدوها[٧] ولضاعت.

وأصحهما: أنه لا[٨] يجوز تملكها حتى تُعرّف سنة، على ما هو دأب اللقطة، وإنما جاز أكل الشاة للحديث.

ثم في الخصال الثلاث، مسائل:

---

(١) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٥٥٧).

(٢) كذا قال الماوردي: «فإذا قلنا إن حكم البادية والمصر سواء، فله أخذ الغنم وأكلها». «الحاوي» (٩/ ٤٥٩).

(٣) في (ط العلمية): (وأصحهما).

(٤) وقطع به في «المهذب» (١٥/ ٢٧٣).

(٥) قوله: (يجوز) سقط من (ز).

(٦) من قوله: (وهل يجوز) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (الواجدون).

(٨) قوله: (لا) سقط من (ز).

إحداها: إذا أمسكها وتبرّع بالإنفاق عليها[١]، فذاك. وإن أراد الرُّجوع، فلينفق بإذن الحاكم، فإن لم يجد الحاكم، أشهد[٢] كما ذكرنا[٣] في نظائره.

الثانية: إذا أراد البيع: فإن لم يكن حاكم، استقل به. وإن كان:

فأظهر الوجهين ـ وبه قال الشيخ أبو حامدٍ ـ: أنه لا بد من استئذانه.

ووجه الثاني: أن المُلتقط ناب عن المالك في الحفظ، فكذلك في البيع.

وهل يجوز بيع جزء منها لنفقة الباقي؟ قال الإمام[٤]: نعم، كما تباع جميعها.

وحكى عن شيخِهِ احتمالاً أنه لا يجوز؛ لأنه يُؤدي إلى[٥] أن تأكل نفسها. وهذا ما أورده الشيخ أبو الفرج الزاز. قال: ولا يستقرض على المالك أيضاً لهذا المعنى. لكنّه يخالف ما مرّ من[٦] هرب الجمّال ونحوه.

الثالثة: إذا جاز له الأكل، فأكل، ففي وجوب التّعريف بعده وجهان. وكذا في وجوب إفراز القيمة من ماله بعد الأكل خلاف، ونذكر المسألتين بما فيهما، فيما إذا التقط طعاماً يتسارع إليه الفساد وأكله.

فرع:

مهما حصلت الضالة في يدي الحاكم، فإن كان هناك حمى سرَّحها فيه، ووسمها

---

(١) قوله: (عليها) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) قوله: (أشهد) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (ذكرنا) سقط من (هـ)، وفي (ز): (نظرنا).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٨٢-٤٨٤).

(٥) قوله: (إلى) سقط من (هـ).

(٦) في (ز)، (هـ): (في).

بسمة الضّوال. وَيَسمُ نتاجها أيضاً. وإن لم يكن، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ما سبق. لكن لو توقّع مجيء المالك في طلبها[١] عن قرب بأن عرف أنها من نَعَم بني فلان، تأنى[٢] أياماً كما يراه[٣].

هذا في غير الآدميّ. أمّا الآدميُّ: فإذا وُجد رقيقاً، نظر: إن كان مميّزاً، والزمان زمان أمن، لم يأخذه؛ لأنه يستدل على مالكه فيصل إليه.

وإن كان غير مميز، أو كان[٤] الزمان زمان نهب، جاز أخذه كسائر الأموال[٥].

ثم يجوز تملك العبد والأمَة التي لا تحل له[٦]، كالمجوسية، والأخت من الرضاع. وإن كانت ممَّن تَحِلُّ له، فعلى قولين[٧]، كما في الاستقراض؛ لأن التملك بالالتقاط اقتراضٌ. فإن منعناه، لم يجب التعريف. كذلك ذكره الشيخ أبو حامد.

وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، وما يبقى من الكسب يحفظ معه. فإن لم يكن له كسبٌ، فعلى ما سبق في النوع الثاني من غير الآدمي.

وإذا بيع، ثم ظهر المالك، وقال: «كُنْتُ أعتقته»:

فأظهر القولين: أنّهُ يُقْبَل قوله[٨]، ويحكم بفساد البيع.

---

(١) في (هـ): (لطلبها).

(٢) في (ط العلمية): (تأتي).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٥ - ٥٥٦).

(٤) قوله: (أو كان) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٣٢)، «المهذب» (١٥/ ٢٧٣).

(٦) قوله: (له) سقط من (ي).

(٧) أطلقها، وقطع أبو إسحاق الشيرازي بعدم جواز التقاطها للتملك، لأنها ذات فرج، فكان حكمها أغلظ. انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٧٣)، «الحاوي» (٩/ ٤٣٢).

(٨) لفظة (قوله) سقطت من (هـ).

والثاني: المنع، كما لو باع بنفسه.

الضرب الثاني من المال: الجماد، وينقسم إلى: ما لا يبقى بل يتسارع إليه[١] الفساد كالهريسة. وإلى ما يبقى[٢] بمعالجة كالرُّطب يجفّف، أو بغير معالجة كالذهب والفضة والثياب. فهذه ثلاثة أقسام وهي بأسرها لُقطة مأخوذة متملكة[٣]، لكن فيما لا يبقى أو يبقي بمعالجة، مزيد كلام نذكره[٤] في الباب الثاني؛ لأنه أدرج فيه القول في الطعام الذي يفسد.

القسم الثاني: ما ليس بمال[٥]، كما إذا وجد كلباً يُقْتَنى، فميل الإمام والمتلقين منه: إلى أنه لا يُؤخذ إلّا على قصد الحفظ أبداً؛ لأن الاختصاص به بالعوض ممتنع، وبلا عوض يخالف[٦] وضع اللقطة. وقال أكثرهم: يُعرِّفه سنة، ثم يختص[٧] وينتفع به[٨]، فإن ظهر صاحبه بعد ذلك، وقد تلف، لم يضمنه.

وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة؟ فيه وجهان؛ بناءً على جواز إجارة الكلب. وهذا ما أورده في الكتاب.

لكنَّ اللائق بهذا الجواب: ألاّ يأخذ المال في حدِّ اللقطة، وقد أخذه حيث قال: (فهي كل مال معرّض للضياع). ولا في حد الالتقاط، وقد أخذه حيث قال: (عبارةٌ عن أخذ مالٍ ضائع).

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (إلى).

(٢) قوله: (يبقى) سقط من (هـ)، وفي (ز): (يبقى إما).

(٣) في (ز)، (هـ): (ومتملكة).

(٤) في (هـ): (مأخذه).

(٥) في (هـ): (بمأكول).

(٦) في (هـ): (خلاف).

(٧) في (هـ): (يحفظ).

(٨) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٧٨).

وقوله: (وذلك ظاهرٌ في كلّ جماد وحيوانٍ صغير)، أراد به أنّ ما ذكرناه في حدِّ اللقطة ظاهر الحصول في الجماد، والحيوان الصغير وُجد في العامر أو الغامر.

ويجوز أن يُعْلَمَ لفظ: (الحيوان الصغير)، بالواو؛ للوجه المنقول عن صاحب «التقريب»: أنه إذا وُجد في العمران، لم[1] يلتقط[2].

وقوله: (لِوُرُود الخبر)، المراد منه: الخبر الوارد في الإبل، والبقر والحمار مُلحقان بالإبل[3]؛ لم يرد فيهما خبر.

وقوله: (فقد قيل: يلتقطه[4])، هو أظهر الوجهين في المسألة.

ويجوز إعلام: (فقد قيل)، بالواو[5]؛ لما سبق من القطع بالجواز في طريقة، وبالمنع في[6] أخرى.

ثم اعتبر الأئمة في اللقطة أموراً لم يتعرّض لها في الكتاب[7]:

أحدها: أن يكون شيئاً ضاع عن مالكه لسقوط[8] أو غفلة. فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره، أو ألقى إليه رجلٌ في هرَبِهِ كيساً، ولم يعرف من هو، أو مات مورثه عن ودائع، وهو لا يعرف مُلاّكها، فهو مال ضائعٌ يُحْفظ ولا يُتملك.

---

(١) في (هـ): (لا).

(٢) في (ي)، (ز): (يؤخذ).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (به).

(٤) في نص «الوجيز» المتقدم: (يلتقط).

(٥) قوله: (بالواو) سقط من (ز)، (هـ).

(٦) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٧) هذه الأمور تطرق إليها الرافعي في كتاب الزكاة. انظر ما سلف (٤/ ٣٢٧) وما بعدها.

(٨) في (ز): (بسقوط).

ولو وجد دفيناً في الأرض، فالقول في أنه ركازٌ أو لقطة، كما مرّ في الزكاة[١].

والثاني: أن يوجد في موات أو شارع أو مسجد. أما إذا وُجد في أرض مملوكة، قال في «التتمة»: لا يؤخذ للتملك بعد التعريف، لكنه لصاحب اليد في الأرض. فإن لم يدّعه فلمن كانت في يده قبله. وهكذا إلى أن ينتهي الأمر إلى المحيي. فإن لم يدّعه فحينئذ يكون لقطة.

والثالث: أنه يوجد في دار الإسلام، أو في دار الحرب وفيها مسلمون. أما إذا لم يكن فيها مسلم، فما[٢] يُوجد فيها[٣] غنيمة، خُمسها لأهل الخُمس، والباقي للواجد. ذكره صاحب «التهذيب»[٤] وغيره.

وحَكَمَ صاحب الكتاب في السِّير: بأن اللقطة التي تُوجد في دار الحرب لآخِذِها مُطلقاً. وسيأتي الشّرح عليه[٥] إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) لو كان على الدفين ضرب الإسلام لم يملكه واجده، بل هو لمالكه إن علمه، وإلا فعلى قول الجمهور هو لقطة. وقال الشيخ أبو علي: هو مال ضائع. انظر ما سلف (٤/ ٣٢٨).

(٢) في (ط العلمية): (مما).

(٣) في (هـ): (منها).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥٥٣).

(٥) انظر ما سيرد (١٩/ ٦٠٧ - ٦١١).

قال رحمه الله:

(الباب الثاني: في أحكام اللُّقْطة

وهي أربعة:

الأول: حُكمُ الضمان وهي[١] أمانةٌ في يدِ مَن قصدَ أن يحفظَها أبداً لمالِكها، مضمونٌ مغصوبٌ في يدِ مَن أخَذَها على قصدِ الاختزال. ومن أخَذَها ليُعرِّفَها سَنةً ثم يتَملَّكَها فهي أمانةٌ في يده في السَّنة. فإذا مضَت[٢] وكان عزْمُ التملُّكِ مُطَّرِداً صارَ مضموناً، وإن لم يجرِ[٣] بعدُ حقيقةُ التملُّك؛ فإنه صارَ مُمسكاً لنفسِه.

ولو أخَذَ على قصدِ الأمانة، ثم قصدَ الخيانة، ولم يُحقِّق[٤]: ففي تأثيرِ مُجرَّدِ القصدِ في التضمينِ خلاف (و)، وإن[٥] كانَ مجُرَّدُ قصدِ المودِع في دوام يدِه لا يؤثِّر؛ لأنه مُسلَّطٌ من جهةِ المالك.

ثم مهما صارَ ضامناً، فلو عرَّفَ سَنةً لم يتَملَّكْها بعدها. وقيل: إنه يتملّك؛ لأن التحريمَ لم[٦] يتَمكَّنْ مِن عينِ السبب، وإنما المُحرّمُ القصد، ولم يتحقَّق).

---

(١) في (ي): (وهو)، وفي (ط العلمية): (وهو أنه).

(٢) في (هـ): (مضت السنة).

(٣) في (ز)، (هـ): (يوجد).

(٤) في (ز)، (هـ): (يتحقق).

(٥) قوله: (وإن) سقط من (ط العلمية).

(٦) في (ز): (لا).

مقصود الباب: بيان أحكام الالتقاط الصحيح:

فمنها: حكمه فيما يرجع إلى الأمانة والضمان. وعلى هذا ونحوه يُحمل قولُهُ في الكتاب: (الأول: حُكمُ الضمان)، وإلّا فليس حكم مجرّد الالتقاط[١] الضمان، بل هو إلى الأمانة أقرب. ويختلف حكمه في الأمانة والضمان[٢] بحسب قصد[٣] الآخذ، وله أحوال:

إحداها: أن يأخذها ليحفظها أبداً، فهي أمانة في يده[٤]. ولو دفعها إلى الحاكم، لزمه القبول، بخلاف الوديعة[٥]، لا يلزمه القبول[٦] على أحد الوجهين؛ لأنه قادر على الرّد إلى المالك. وكذا من أخذ للتملك، ثم بدا له[٧]، ودفعها إلى الحاكم، يلزمه القبول.

---

(١) في (ز): (فليس مجرد حكم الالتقاط).

(٢) من قوله: (وعلى هذا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (ز)، (هـ): (قصود).

قال الفيومي: «وبعض الفقهاء جمع القصد على قصود، وقال النحاة: المصدر المؤكد لا يثنى ولا يُجمع، لأنه جنس، والجنس يدل بلفظه على ما دل عليه الجمع من الكثرة فلا فائدة في الجمع. فإن كان المصدر عدداً كالضَرَبات أو نوعاً كالعلوم والأعمال جاز ذلك، لأنها وحدات وأنواع جُمعت». وقال أيضاً: «فدل كلامهم على أن جمع المصدر موقوف على السماع، فإن سُمع الجمع عللوا باختلاف الأنواع، وإن لم يُسمع عللوا بأنه مصدر أي باقٍ على مصدريته، وعلى هذا فجمع (القصد) موقوف على السماع» «المصباح المنير» (٢/ ٥٠٤) (قصدتُ).

(٤) قوله: (في يده) سقط من (هـ).

(٥) لأنه التزم حفظ الوديعة وأتَمَنه المالك، فلا يجوز له دفعها إلى غيره لغير ضرورة. انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٧).

(٦) في (ز): (قبولها).

(٧) قوله: (له) سقط من (ز).

وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبداً؟ فيه وجهان[١] مذكوران من بعد، فإن لم يجب، لم يضمن بتركه. وإذا بدا له قصد التملك، عرّفها سنة من يومئذٍ، ولا يُعتد بما عرّف[٢] من قبل. وإن أوجبناه[٣]، فهو ضامنٌ بالترك، حتى لو ابتدأ بالتعريف بعد ذلك، فهلك في سنة التعريف، ضمن.

الثانية: أن يأخذ على قصد الخيانة والاختزال، فيكون ضامناً غاصباً[٤]. وفي براءته بالدفع إلى الحاكم وجهان، كما في الغاصب. ولو عرّف[٥] بعد ذلك وأراد التملك: فجواب أكثرهم ـ وبه قطع الشيخ أبو محمد ـ: أنه لا يُمكن منه، كما أن الغاصب ليس له التملك[٦]. وعن رواية الشيخ أبي علي وجهان، هذا أحدهما.

والثاني: أنّ له التملك[٧]؛ لوجود صورة الالتقاط والتعريف.

الثالثة: أن يأخذها؛ ليعرِّفها سنة ويتملكها بعد السنة: فهي أمانة في السنة. وأما بعدها[٨]: فقد ذكر صاحب الكتاب: أنها تصير مضمونة عليه، إذا (كان عزم التملك مُطّرداً) وإن لم تجر حقيقته[٩]؛ (لأنه صار مُمسكاً لنفسه)، فأشبه المستام.

ولا يخفى أولاً أنّ هذا مبنيٌّ على أن اللقطة لا تُملّك بمضي السنة. فإن قلنا:

---

(١) صحح البغوي وجوب تعريفها. «التهذيب» (٤/ ٥٤٧).

(٢) في (هـ): (بما لم يعرف).

(٣) من قوله: (وإذا بدا) إلى هنا سقط من (ي).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٩١).

(٥) في (ي): (فلو بدا له وعرف).

(٦) قال البغوي: «ولم يكن له أن يتملكها وإن عرّفها سنين». «التهذيب» (٤/ ٥٤٦).

(٧) من قوله: (وعن رواية) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) في (ط العلمية): (بعدها).

(٩) في (هـ): (يوجد حقيقة).

تملك، فإن تلفت تلفت منه لا محالة. ثم لم يوافقه النقلة على ذلك، بل صرّح ابن الصباغ وصاحب «التهذيب»[١] بخلافه، وقالوا: إنها أمانة، إذا لم يختر التملك قصداً، أو لفظاً إذا اعتبرنا اللفظ، كما كانت قبل الحول.

نعم، إذا اختار، وقلنا: لا بدّ من التصرف، فحينئذ يكون مضموناً عليه كالقرض. وقد يُعترض على ما ذكره من[٢] التوجيه، فإنه[٣] قد يُغيّر[٤] القصد إلى الحفظ ما لم يتملك، فلا[٥] يكون ممسكاً لنفسه.

ولو كان قصد التملك يجعله ممسكاً لنفسه، لزم أن يكون الذي لا يقصد بالتعريف إلا تحقيق شرط التملك، ممسكاً لنفسه في مدة السنة أيضاً وإذا أخذ على قصد الأمانة، ثم قصد الخيانة:

فأصح الوجهين: أنه لا يصير المال مضموناً عليه بمجرد القصد[٦] كالمودع.

ووجه الثاني: أن سبب أمانته مجرد نيَّته، وإلّا فأخذ مال الغير بغير رضاه[٧] ممّا يقتضي الضمان، بخلاف المودع، فإنه مُسلّط مؤتمن من جهة المالك.

على أن في المودع أيضاً وجهاً: أنه يضمن بمجرد القصد. وقد ذكره في الكتاب في باب الوديعة[٨].

---

(١) قال البغوي: «وهو الأصح، لا يملك إلا باختيار التملك». «التهذيب» (٤/ ٥٥١).

(٢) في (هـ): (في).

(٣) في (ط العلمية): (بأن).

(٤) في (ط العلمية): (تغير)، وفي (هـ): (يعتبر).

(٥) من قوله: (يكون مضموناً) إلى هنا سقط من (ي).

(٦) قال البغوي: «ما لم ينقلها عن موضعها على هذه النية». «التهذيب» (٤/ ٥٤٧).

(٧) في (هـ): (بغير إذنه ورضاه).

(٨) انظر ما سيرد (١١/ ٤٢٦ - ٤٢٨).

ويجوز أن يُعْلَمَ، لذلك قوله هاهنا: (لا يؤثر)، بالواو. وإذا قلنا بالظاهر، فلو أخذ الوديعة على قصد الخيانة في الابتداء، ففي كونه ضامناً وجهان.

ومهما صار الملتقط ضامناً في الدوام، إما بنفس الخيانة أو بقصدها، ثم أقلع وأراد أن يُعرِّف ويتملك، فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه صار مضموناً عليه بتعدِّيه، والأمانة لا تعود بترك التعدي.

ووجه الثاني: أن التقاطه في الابتداء وقع[1] مفيداً للتملك، فلا يبطل حُكْمُه بتفريطٍ يطرأ. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[2]. لكنَّ إيراد الكتاب يُشعر بترجيح الأول. ويؤيده: أنهم شبَّهوا الوجهين في المسألة، بالوجهين فيما إذا أنشأ سفراً مُباحاً ثم غيّر قصده إلى معصيةٍ، هل يترخص؟ وميل الأصحاب إلى منع الترخص أشدُّ.

وقد خطر فيما ذكروه من التشبيه بحثان:

أحدهما: أن الوجهين في أنه هل يترخص؟ مفروضان فيما إذا كان مُقيماً على قصد المعصية. فأما إذا طرأ قصد المعصية[3]، ثم تاب، يثبت الترخص، سواء اعتبرنا الحال أو ابتداء السفر. والوجهان هاهنا فيما إذا ترك الخيانة، وأراد التعريف والتملك، فلا يتّضح التشبيه.

الثاني: قضية هذا التشبيه، ثبوت الخلاف في عكسه، وهو أن يقصد الخيانة، ثم يتركه[4] ويريد التملك، كما رواه الشيخ أبو عليٍّ[5]؛ تشبيهاً بما إذا أنشأ السفر على

---

(١) في (ز): (بعقد)، وفي (هـ): (انعقد مفيداً للملك).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٤٧).

(٣) قوله: (فأما إذا طرأ قصد المعصية) سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (يتركه في يده).

(٥) في (ز): (أبو محمد).

قصد المعصية، ثم تاب[١]. لكنَّ الظاهر ثُبوت الرخصة من حينئذٍ. وهاهنا اتفقوا على أنّ الظّاهر أنه لا يتملك.

وقوله في الكتاب: (لأنّ التحريم لم يتمكن من عين[٢] السبب، إنما المُحرَّمُ القصد) معناه: أن سبب التملك[٣] هو الالتقاط، والتعريف غير محرم. وإنما المحرم ما قصده ولم يتصل بقصده تحقيق[٤]. وهذا التوجيه مخصوص بما إذا كان الطارئ قصد الخيانة، لا نفس الخيانة.

ولصاحب الوجه الأول: أن يمنع ذلك، ويقول قصد الخيانة يكسو[٥] الإمساك صفة العدوان، كما في الابتداء.

الحالة الرابعة: أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة، فلا تكون مضمونة عليه، وله التملك بشرطه[٦]. قال[٧] الإمام[٨]: وكذا لو أضمر إحداهما[٩]، ونسي ما أضمره. والله عزّ وجلّ أعلم.

* * *

(١) قوله: (ثم تاب) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (عين) سقط من (هـ)، وفي (ز): (غير).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (التمكن).

(٤) قوله: (ولم يتصل بقصده تحقيق) سقط من (ي).

(٥) قوله: (يكسو) سقط من (هـ).

(٦) ذكر الغزالي أنه إذا غلبنا جانب الأمانة فلا ضمان، وإن غلبنا جانب الكسب ضمناه. انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٩١).

(٧) في (ز): «قاله». (م ع).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٠).

(٩) في (ط العلمية): (احتمر أحدهما).

قال رحمه الله:

(الحكمُ الثاني: التعريف، وهو واجبٌ سَنةً عقيبَ (ح) الالتقاط يُعرِّفُ كلَّ يوم في الابتداء، ثم في[١] كلِّ أسبوع، ثم في[٢] كُلِّ شهر؛ بحيثُ[٣] لا يُنسى أنه تَكرارٌ لما مضى. ويَذكُرُ في التعريفِ بعضَ الصفات؛ لا كلِّها؛ ليحصلَ بها تنبيهُ المالك.

ولا يلزمُه[٤] التعريفُ إلا إذا قصدَ (و) التملُّك، فإذ ذاك؛ يكون ساعياً لنفسِه في التعريف. وإذا قصدَ الحِفظَ أبداً فهو[٥] أمانةٌ لمالكِه، ففي لزوم أصلِ التعريفِ خلاف، والأظهر: لزومُه؛ فإنه كِتمانٌ مُفوِّتٌ للحقّ.

وينبغي أن يُعرِّفَ في موضع الالتقاطِ إن كان في بلد[٦]، ولا يجوز له أن يُسافرَ به فيُعرِّفَ في موضع آخَر. وإن وجدَ في صحراءَ[٧] فيُعرِّفُ في أيِّ[٨] بلدٍ[٩] أراد؛ قَرُبَ أم بَعُدَ. ولا يلزمُه أن يُغيِّرَ[١٠] قصدَه[١١] فيقصدَ أقربَ البلاد).

---

(١) قوله: (في) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (في) سقط من (ط العلمية).

(٣) في (هـ): (بحيث إنه).

(٤) في (ز)، (هـ)، (ط العلمية): (ولا يلزمه مؤونة).

(٥) (فهو أمانة لمالكه): في (ز)، وفي غيرها سقط يسير.

(٦) في (ز)، (هـ): (بلدة).

(٧) في (ط العلمية): (الصحراء).

(٨) قوله: (أي) سقط من (ز).

(٩) في (ي)، (هـ): (بلدة).

(١٠) في (ي): (يعين).

(١١) في (ز)، (هـ): (القصد).

من حق المُلتقط: أن يعرف، ويُعَرِّف:

أما أن يعرف: فينبغي أن يعرف من اللقطة عِفاصها ووكاءها على ما ورد في الخبر المذكور في أول الكتاب. والعفاص: الوعاء من جلد وخِرقة وغيرهما، وتسمى الجلدة التي تلبس رأس القارورة العفاص. والوكاء: هو الخيط الذي يُشد به. ويعرف أيضاً جنسها، أذهبٌ هي أم فضة أم ثياب؟ وصفتها أهروية هي[١] أم مروية؟ وقدرها بوزن أو عدد. وإنما يعرف هذه الأمور؛ لئلا تختلط بماله، ويستدل بها[٢] على صدق الطالب إذا جاء، ويستحب تقييدها بالكتابة[٣].

وأما أن يعرّف، ففيه مسائل:

إحداها: يجب تعريف اللقطة سنة[٤]؛ لقوله ﷺ: «عرِّفها سنة»[٥] وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة، بل لا يُعرِّفُ في الليالي، ولا يستوعب الأيام أيضاً، بل[٦] على المعتاد. فيعرِّف في الابتداء في[٧] كلّ يوم مرتين في[٨] طرفي النهار. ثم في كل يوم مرة[٩]، ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين[١٠]، ثم في كل شهر، بحيث لا ينسى أنه

(١) قوله: (هي) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (به).

(٣) وكذا يكتب «أنه التقطها من موضع كذا، في وقت كذا» «الحاوي» (٩/ ٤٣٧).

(٤) قال الشافعي: «فعرّفها سنة». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥). انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٣٦)، «التهذيب» (٤/ ٥٤٨).

(٥) سبق تخريجه ص٣٩٥ من هذا الجزء.

(٦) قوله: (بل) سقط من (هـ).

(٧) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٨) قوله: (في) سقط من (ز).

(٩) في (هـ): (مرة مرة).

(١٠) قوله: (أو مرتين) سقط من (هـ).

تكرارٌ لما مضى. وفي وجوب المبادرة إليه، وجهان عن رواية الشيخ أبي علي:

أحدهما: يجب؛ لأن العُثُور على المالك في ابتداء الضلال أقرب.

والثاني: لا يجب، بل المعتبر تعريف سنة مطلقاً، وبه ورد الأمر. وهذا أشبه بما أورده المعظم.

وقوله في الكتاب: (عقيب الالتقاط)، ظاهرُه: يُفهم الجواب بالوجه الأول. وبتقدير أن يكون كذلك، فليكن مُعلماً بالواو[١].

لكن يشبه أنه ما أراد ذلك؛ لأنه قال في «الوسيط»[٢]: «وقت التّعريف عقب الالتقاط إن عزم على التملك بعد سنة، وإن لم يعزم عليه أصلاً أو عزم بعد سنين، فهل يلزمه التعريف في الحال؟[٣] وجهان» وعلى هذا، فالمعنى: وهو واجب سنة عقيب الالتقاط، إن[٤] عزم على[٥] التملك بعد سنة من وقت الالتقاط.

وهل يجوز تفريق السنة بأن يُعرِّف شهرين، ويترك شهرين وهكذا؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه أجاب الإمام[٦] ـ: لا؛ لأنه إذا فرّق لم تظهر فائدة التعريف. فعلى هذا، إذا قطع التعريف مدة، وجب الاستئناف.

---

(١) قطع الماوردي والبغوي بأن وقت الحول من ابتداء التعريف. «الحاوي» (٩/ ٤٣٩)، «التهذيب» (٤/ ٥٤٧).

(٢) «الوسيط» (٤/ ٢٩٦)، وفي نصه: «وإن عزم ...».

(٣) قوله: (في الحال) سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (وإن).

(٥) قوله: (على) سقط من (ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥١-٤٥٢).

والثاني ـ وهو ما أورده العراقيون، والقاضي الروياني ـ: يجوز، كما لو نذر صوم سنة، يجوز التفريق[١].

الثانية: ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة، فإنه أفضى إلى الظَّفر بالمالك. وهو شرط أم مستحبّ؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني[٢]. وإذا شرطنا، فهل يكفي ذكر الجنس، بأن يقول: «من ضاع منه دراهم»؟ قال الإمام[٣]: ما[٤] عندي أنه يكفي، ولكن يتعرّض للعفاص والوكاء، ومكان الالتقاط وتاريخه. ولا يستوعب الصفات[٥]، ولا يبالغ فيها؛ كيلا يعتمدها الكاذب.

فإن فعل، ففي صيرورته ضامناً وجهان[٦]:

وجه المنع: أنه لا يلزمه الدفع إلا بالبينة.

ووجه الصيرورة: أنه قد يدفعه[٧] إلى من يلزمه الدفع إلى الواصف[٨].

الثالثة: إن تبرع الملتقط بالتعريف، أو بذل مؤنته، فذلك. وإلا، فإن أخذها للحفظ أبداً، فإن قلنا: لا يجب التعريف والحالة هذه، فهو متبرِّعٌ؛ إذْ[٩] عرّف. وإن قلنا: يجب، فليس عليه مؤنته، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم[١٠]؛ ليبذل أجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط به ليرجع، كما في هرب الجمال.

---

(١) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٤٩).
(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤١)، «التهذيب» (٤/ ٥٤٩).
(٣) «نهاية المطلب» (٨/ ٤٥٥).
(٤) قوله: (ما) سقط من (هـ).
(٥) من قوله: (والوكاء ومكان) إلى هنا سقط من (هـ).
(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤١)، «التهذيب» (٤/ ٥٤٩).
(٧) في (ي)، (ط العلمية): (دفعه).
(٨) في (ط العلمية): (لا إلى الواصف).
(٩) في (ي): (لو)، وفي (هـ): (إذا)، وفي (ط العلمية): (إن).
(١٠) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤١).

وإن أخذها للتملك، واتصل الأمر بالتملك، فمؤونة التعريف على الملتقط. وإن ظهر المالك، فهي على الملتقط؛ لقصده التملك، أو على المالك؛ لعود الفائدة إليه؟ فيه وجهان[١]، أظهرهما: أولهما. وهو ظاهر ما في الكتاب.

وإن قصد الأمانة أبداً أولاً، ثم قصد التملك[٢]، ففيه الوجهان؛ نظراً إلى منتهى الأمر ومستقره.

الرابعة: ما ذكرنا من وجوب التعريف فيما إذا قصد التملك، أما إذا قصد الحفظ أبداً، ففي وجوبه وجهان:

أظهرهما ـ عند الإمام[٣]، وصاحب الكتاب ـ: وجوبه، وإلا فهو كتمان مفوّتٌ للحق على المستحق.

والثاني ـ وهو الذي أورده الأكثرون ـ: أنه لا[٤] يجب؛ وعللّوا بأن التعريف إنما يجب لتحقيق شرط التملك.

الخامسة[٥]: ليكن التعريف في الأسواق، ومجامع الناس، وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات، ولا يُعرف في المساجد، كما لا يطلب الضالة فيها. قال الشاشي في «المعتمد»: إلا أن أصح الوجهين: جواز التعريف في المسجد الحرام، بخلاف سائر المساجد.

ثم إذا التقط في بلدةٍ أو قريةٍ، فلا بُد من التعريف فيها. وليكن أكثر تعريفه في

---

(١) أطلقها في «التهذيب» (٤/ ٥٤٩).

(٢) في (ي)، (ط العلمية): (التمليك).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٤٩).

(٤) قوله: (لا) سقط من (ز).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤٠)، «التهذيب» (٤/ ٥٤٨).

البقعة والمحلة التي وجد فيها، فإنّ طلب الشيء في موضع إضلاله أكثر.

فإن حضره سفرٌ، فوّض التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها. وإن التقط في الصحراء، فعن أبي إسحاق رحمه الله: أنه إن اجتازت به قافلة، يتبعهم ويعرّف فيهم، وإلا فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن يُعرِّف في البلدة التي يقصدها إذا انتهى إليها. وإن بدا له الرجوع، أو قصد بلدة أخرى، فكذا يُعرِّف عند الوصول إليها. ولا يكلّف أن يُغيّر قصده ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، أو يرجع إلى حيث أنشأ السفر منه. حكاه الإمام[١]، وتابعه المُصنِّفُ. ولكن ذكر المتولي وغيره: أنه يعدل[٢] ويُعرِّف في أقرب البلدان إليه. وهذا إن كان المراد منه: الأحب والأولى فذاك. وإلا حصل وجهان في المسألة.

وقوله في الكتاب: (ولا يجوز له[٣] أن يسافر به فيُعرِّفَ في موضع آخَر)، ففي الجواز لا يفتقر إلى الأمرين، بل يجوز[٤] أن يسافر به[٥] وإن لم يقع[٦] التعريف في موضع آخر، كما لا يجوز السفر بالوديعة ولا يجوز التعريف في موضع آخر، وإن لم يسافر به.

وقوله: (فيُعرِّفُ[٧] في أيّ بلد أراد؛ قَرُب أم بعد) غير مجرى على ظاهره، بل هو محمولٌ على البلد الذي هو[٨] مقصده.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٥٢).

(٢) قوله: (يعدل) سقط من (ي)، (ز).

(٣) قوله: (له) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (هـ): (لا يجوز).

(٥) من قوله: (فيُعرِّف) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (يتبع).

(٧) قوله: (فيُعرِّف) سقط من (ز).

(٨) قوله: (هو) سقط من (هـ).

فرع:

ليس للملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرفه، إلا بإذن الحاكم. فإن فعل، ضمن. قاله القاضي ابن كجّ وغيره.

آخر:

لا بد وأن يكون المُعرِّفُ عاقلاً غير مشهور بالخلاعة والمُجُون، وإلّا فلا يعتمد على قوله، ولا تحصل فائدة التعريف. والله أعلم.

قال:

(ثم وجوبُ التعريفِ سَنةً في مالٍ كثير، لا يفسُد.

أما القليلُ الذي لا يُتمَوَّل فلا يُعرَّفُ أصلاً، وإن كان مُتموَّلاً عُرِّفَ مرّةً (ح م و) أو مرّتَينِ على قَدْرِ الطلبِ في مثلِه.

وحَدُّ القليل: ما يَفتُرُ مالكُه عن طلبِه على القُرْب. وقيل: إنه يَتقدَّرُ[1] بنِصابِ السرقة. وقيل: الدينارُ فما دونَه[2] قليل؛ إذ وجَدَ علِّيٌّ كرّم اللهُ وجهَه ديناراً، فأمرَه ﷺ بالاستنفاق[3]).

---

(١) في (ط العلمية): (يقدر).

(٢) في (ز): (فوقه).

(٣) في (ز): (بإنفاقه).

وسيأتي نصّ الحديث في كلام الرافعي، وقد أخرجه أبو داود مختصراً ومطولاً في كتاب اللقطة (٢/ ١٣٧ - ١٣٨) (١٧١٤)، (١٧١٦). قال المنذري: «في إسناده رجل مجهول»، وقال في الرواية الأخرى: «في إسناده موسى بن يعقوب الزمعي المديني، كنيته أبو محمد، قال يحيى ابن معين: ثقة. وقال ابن عدي: وهو عندي لا بأس به ولا برواياته. وقال أبو عبد الرحمن النسائي: ليس بالقوي» «مختصر سنن أبي داود» (٢/ ٢٧١ - ٢٧٢) (١٦٤٠، ١٦٤٢). وأخرجه البيهقي، كتاب اللقطة، باب بيان مدة التعريف (٦/ ١٩٤).

غرض الفصل والذي بعده[١]: بيان أن التعريف سنة لا يجب في كل لقطة، وإنما يجب عند اجتماع وصفين:

أحدهما: أن يكون المُلتقط كثيراً. فإن كان قليلاً، نُظر: إن انتهت قلّته إلى حد يُسقط تموّله، كالحبة من الحنطة والزبيبة الواحدة، فلا تعريف على واحدة[٢]، وله الاستبداد به[٣]. ولك أن تقول: ذكر خلاف في أن من أتلف ما لا يُتموّل، ما هو من قبيل المثليات، هل يغرمه؟ والظاهر أنه لا يغرمه، كما لا يجوز بيعه وهبته، وحينئذٍ فليَجِئْ فيه الوجه المذكور في أن الكلب لا يجوز التقاطه للاختصاص؛ لأنه يمتنع الاختصاص به بعوض وبغير عوض، كما تقدّم.

وإن كان متموّلاً مع القِلّة، فيجب تعريفه[٤]؛ لأن فاقده يطلبه، خلافاً لأبي حنيفة[٥] ومالك[٦] رضي الله عنهما.

---

(١) في (هـ): (يليه).

(٢) في (هـ): (فلا يعرفه).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٤٩)، لما ورد: أن النبي ﷺ مرّ على تمرة في الطريق، فقال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها». أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق (٥/ ٨٦) (٢٤٣١).

(٤) في (هـ): (فيجب تعريفه مع القلة).

(٥) قال الكاساني: «وإن كان تمرة أو كسرة تصدق بها» «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢).

وقال ابن الهمام: «وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة، فيجوز الانتفاع بها للواجد بلا تعريف. وعنه ﷺ: أنه رأى تمرة في الطريق فقال: «لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها».

وقال في «العناية»: «(كالنواة وقشور الرمان)، يعني إذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار بحكم الكثرة لها قيمة، فإنه يجوز له الانتفاع بها، لأن القيمة ظهرت بالاجتماع، والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها». «فتح القدير» (٦/ ١٢٢)، «العناية» (٦/ ١٢٢). انظر: «المبسوط» (١١/ ٢).

وقال في «المختار» (٣/ ٣٤): «والسنبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة».

(٦) عند المالكية: اللقطة التي لا يجب تعريفها: التافهة اليسيرة التي لا تلتفت إليها النفوس كل الالتفات، والطعام الذي لا بقاء له. انظر: «الكافي» (ابن عبد البر) ص٤٢٦، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٠)، «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٦/ ٧٢ - ٧٣).

وكم[١] يُعرِّف؟ فيه وجهان[٢]:

أحدهما: سنة؛ لإطلاق الأخبار، وهذا أظهر عند العراقيين.

والثاني: المنع؛ لأن الشيء الحقير لا يدوم[٣] فاقده على طلبه سنة، بخلاف الخطير. وهذا أشبه باختيار المعظم، وعلى هذا فأوجُه:

أحدها ـ وينسب إلى الإصطخري ـ: أنه يكفي التعريف مرة؛ لأنه يخرج بها[٤] عن حد الكاتم، وليس بعدها ضبط يعتمد.

والثاني: يُعرِّف ثلاثة أيام؛ لأنه روي في[٥] بعض الأخبار: «من التقط لقطة يسيرة، فليعرفها ثلاثة أيام»[٦].

والثالث ـ وهو الأظهر ـ: أنه يعرِّف مدةً يُظَنُّ في مثلها طلب الفاقد له، فإذا غلب على الظن[٧] إعراضه، سقط عنه التعريف[٨]. ويختلف ذلك باختلاف قدر[٩] المال.

---

(١) قوله: (وكم) سقط من (ط العلمية).

(٢) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٥٤٩ – ٥٥٠).

(٣) في (ي): (يداوم).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (به).

(٥) قوله: (في) سقط من (ط العلمية).

(٦) أخرجه الإمام أحمد في «مسنده» حديث يعلى بن مرة الثقفي (٤/ ١٧٣) بلفظ: «من التقط لقطة يسيرة درهماً أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرفه ثلاثة أيام». والبيهقي، كتاب اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة (٦/ ١٩٥). وأخرجه الطبراني في «الكبير» حكمة امرأة يعلى عن يعلى بن مرة (٢٢/ ٢٧٣) (٧٠٠)، بلفظ: «ثوب أو شبهه». قال الهيثمي: «رواه أحمد من طريق عمر بن عبد الله بن يعلى، فإن كان عمرو فلا أعرفه، وإن كان عمر فهو ضعيف». وقال: «رواه الطبراني في «الكبير» وفيه عمر بن عبد الله بن يعلى، وهو ضعيف». «مجمع الزوائد» (٤/ ١٧٢).

(٧) في (ز)، (هـ): (ظنه).

(٨) في (ز)، (هـ): (الطلب).

(٩) قوله: (قدر) سقط من (ز).

قال القاضي الروياني: فدانق الفضة[١] يُعرَّف في الحال، ودانق الذهب يُعرَّف يوماً أو يومين أو ثلاثة أيام[٢].

وبم يفرق بين القليل المتمول، وبين الكثير[٣]؟ فيه أوجه[٤]:

أحدها ـ عن الشيخ أبي محمد[٥] ـ: أنه لا يقدر مقداره[٦]، ولكن ما يغلب على الظن أنّ فاقده لا يُكْثِر أسفه عليه ولا يطول طلبه له في الغالب، فهو قليل. وهذا أصح عند المُصَنِّفِ وصاحب «التتمة».

والثاني: أنّ القليل ما دون نصاب السرقة؛ فإنه تافه في الشرع، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: «ما كانت الأيدي تُقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التّافه»[٧]، وبهذا قال مالك[٨] وأبو حنيفة[٩] رضي الله عنهما.

---

(١) تقدم أن الدانق يساوي (سدس درهم)، والدرهم يساوي (٢,٩٧٥ جرام) تقريباً.

(٢) قوله: (أيام) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (ثم الفرق بين القليل والكثير).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٤٤ – ٤٤٥). ذكر البغوي ثلاثة منها، «التهذيب» (٤/ ٥٥٠).

(٥) في (ز): (وغيره).

(٦) في (ز)، (هـ): (بمقدار).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم (٥/ ٤٧٧) (٢٨١١٤)، بلفظ: «لم يكن يُقطع على عهد النبي ﷺ في الشيء التافه».

(٨) عند المالكية: حد القليل درهم فصاعداً إلى دينار، وما كان أقل من درهم فهو التافه اليسير، وما كان أكثر من دينار فهو كثير. انظر: «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢٠)، «مواهب الجليل» (٦/ ٦٩)، «التاج والإكليل» (٦/ ٧٢)، «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٦٦)، «المنتقى» (٦/ ١٣٨).
بينما نصاب السرقة عندهم: ربع دينار شرعي، أو ثلاثة دراهم شرعية. انظر: «الشرح الكبير» (٤/ ٣٣٣).

(٩) قال في «المبسوط»: «قالوا في عشرة دراهم فصاعداً: يعرفها حولًا، لأن هذا مال خطير، يتعلق القطع بسرقته، ويتملك به ما له خطر» (١٠/ ٣). انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «الاختيار» (٣/ ٣٢).
ونصاب السرقة عندهم: «دينار، أو عشرة دراهم» «المختار» (٤/ ١٠٣).

والثالث ـ عن رواية الماسرجسيِّ وغيره ـ: أن الدِّينار فما دونه قليلٌ؛ لما روي أنّ علياً رضي الله عنه وجد ديناراً، فسأل النبي ﷺ، فقال: «هذا رزق الله، فاشتر به دقيقاً ولحماً»، فأكل منه رسول الله ﷺ وعليٌّ وفاطمة رضي الله عنهما، ثم جاء صاحب الدينار ينشد الدينار، فقال النبي ﷺ: «يا عليّ، أدِّ الدّينار»[١].

والرابع: أن ما دون الدرهم قليل، والدرهم فما فوقه كثير؛ لما روي عن عائشة رضي الله عنها: «أنه لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به»[٢].

واعلم أن ما ذكرناه من تقسيم القليل[٣] إلى مُتموّل، وغير مُتموّل، قد حكاه الإمام[٤] وصاحب الكتاب، وفي كلام الشيخ أبي حامد: ما يدل عليه. والأكثرون لم يتعرضوا له، ولكن قسّموا القليل إلى: ما لا يُطلب ولا تتبعه الهمة[٥]، وإلى ما يطلب. ويُشبه أن يكون الاختلاف[٦] في مجرد العبارة. والله أعلم.

وقولُهُ في الكتاب: (وإن كان مُتموّلاً عرّف مرة أو مرتين)، يجوز أن يُعلم بالواو والحاء والميم؛ لما تقدم.

وقولُهُ: (إنه يَتَقَدّرُ بنصاب السرقة)، من الألفاظ التي أخذت على[٧] المصنف، وقيل: الصواب أن يقال: «بما دون نصاب السرقة[٨]»؛ لأنّ نصاب

---

(١) سبق تخريجه قريباً ص٤٥٣ من هذا الجزء.

(٢) قال ابن حجر: «أخرجه ابن أبي شيبة، من رواية الجعفي عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه عن عائشة: «أنها أرخصت في اللقطة في درهم». «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٧).

(٣) قوله: (القليل) سقط من (هـ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٨٥).

(٥) في (ز): (التهمة)، ويمكن أن تقرأ (النهمة).

(٦) في (هـ): (الخلاف).

(٧) في (ز)، (هـ): (على)، وفي غيرهما: (عن).

(٨) في (هـ): (دون النصاب).

السرقة[١] من حد الكثير. لكن يجوز أن يقال: إنه لم يفسر القليل به، لكن قال: يتقدَّر به، أي: هو الحد الفاصل، فما يقع دونه فهو قليل، والحد قد لا يدخل في المحدود.

فرع:

عن «التتمة»: يحلُّ التقاط السّنابل وقت الحصاد، إن أذن فيه المالك، أو كان قدره ما[٢] لا يشق عليه التقاطه، وإن كان يلتقطه[٣] بنفسه لو اطّلع عليه، وإلا لم يحلّ. والله أعلم.

قال:

(أما ما يفسد، كالطعام؛ فقد قال ﷺ: «مَن التقطَ طعاماً فليأكُلْه»[٤]. وفي معناه: الشاة؛ فإنها طعامٌ وتحتاجُ إلى العَلْف. وفي الجَحْشِ وصِغارِ الحَيَواناتِ التي لا تؤكَلُ خلاف؛ فقيل: لا يلتحقُ بالشاة؛ لأن التساهُلَ في الطعام[٥] أكثر.

ثم في[٦] وجوبِ التعريفِ بعدَ أكلِ الطعام خلاف[٧] (و). وإن وجدَ طعاماً في بلد؛ فقد قيل: يبيعُه ويُعرِّفُ ثَمنَه؛ لأنّ ذلك في الصحراءِ غيرُ مُمكِن، وقيلَ بخِلافِه؛ لعُمُوم الخبر).

---

(١) قوله: (لأن نصاب السرقة) سقط من (هـ).

(٢) في (ط العلمية): (قدر)، وفي (هـ): (قدره مما).

(٣) في (ط العلمية): (يُلتقط).

(٤) قال ابن حجر: «هذا حديث لا أصل له». «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٥).

(٥) في (ز): (بالطعام).

(٦) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٧) قوله: (خلاف) سقط من (هـ).

الوصف الثاني: أن يكون شيئاً لا يَفْسُدُ. أما ما يفسد، فضربان:

أحدهما: أن لا يمكن إبقاؤه، كالهريسة والرطب الذي لا يتتمر والبقول، فإن وجده في برِّية، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه، وبين أن يتملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته، كما ذكرنا في الشاة يجدها[1]. إلا أنّ في الشاة خصلة أخرى، وهي إمساكها، وهو متعذر هاهنا. وقد روي أنه ﷺ قال: «من وجد طعاماً فليأكله، ولا يعرّفه»[2].

وإن وجده في بلدة أو قرية؟ ذهب المزني إلى أن المسألة على قولين[3]:

أحدهما ـ وهو اختيار المزني[4] ـ: أنه ليس له الأكل، بل يبيعه ويأخذ ثمنه لمالكه؛ لأن البيع متيسر في العمران.

والثاني: أنه كما لو وجد في الصحراء؛ لإطلاق الخبر. وهذا أرجح عن عامّة الأصحاب، ومنهم من قطع به، وقضيّته ترجيح القول بجواز أكل الشاة إذا وُجدت في الصحراء، كما ذكره الشيخ أبو حامد.

ويمكن أن يُفرّق بينهما: بأن الطعام قد يفسد إلى أن يظفر بالمشتري، فتمسّ الحاجة إلى أكله. والشاة بخلافه.

وإذا قلنا: لا يجوز الأكل، فلو أخذه للأكل، كان غاصباً. وحيث جوّزنا الأكل فأكل، ففي وجوب التعريف بعده وجهان، أصحهما: الوجوب[5] إذا كان في البلد، كما أنه لو باع، يُعَرّف.

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (وحيث يجدها).

(٢) قال ابن حجر: «هذا حديث لا أصل له» «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٥).

(٣) وبه قال أبو إسحاق المروزي وابن أبي هريرة. «الحاوي» (٩/ ٤٥٧).

(٤) قال الشافعي: «إذا خاف فساده، أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه». قال المزني: «هذا أولى القولين به». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٥) وقطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٤٥٧).

وإذا كان في الصحراء، قال الإمام[١]: الظاهر: أنه لا يجب؛ لأنه لا فائدة فيه في الصحراء. وإذا تأخر بعد العُثور على المستحق، فهل يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله؟ فيه وجهان[٢] ـ ويقال: قولان ـ:

أظهرهما: لا؛ لأن ما في الذمة لا يُخشى هلاكه. وإذا أفرز، كان المُفرز أمانة في يده. وربما احتج له بالقياس على ما إذا أكل الشاة، حيث لا يجب إفراز القيمة؛ لأن هناك طريقة قاطعة بالمنع.

والثاني: أنه يجب؛ احتياطاً لصاحب المال؛ ليتقدَّم صاحب المال بتلك القيمة لو أفلس المُلتقط. وعلى هذا، فالطريق أن يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقبض عن صاحب المال بالقيمة[٣].

فإن لم يجد حاكماً، فهل للملتقط بسلطان[٤] الالتقاط أن يُنيب عنه؟ فيه احتمال عند الإمام[٥]. وذكر: أنه إذا أفرزها، لم تصر ملكاً لصاحب المال، لكنه أولى بتملكها. وبمثله أجاب المُصنف في «الوسيط»[٦]. لكنه، لو كان كذلك، لما سقط حقّه بهلاك القيمة المفرزة، وقد نصّوا على السقوط. وأيضاً: نصّوا على أنه إذا مضت مدة التعريف، فله أن يتملك تلك القيمة كما يتملك نفس اللقطة، وكما يتملك الثّمن إذا باع الطعام، وهذا يقتضي صيرورتها مِلكاً لصاحب اللقطة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٧٧).

(٢) كذا في «التهذيب» (٤/ ٥٥٨).

(٣) قوله: (بالقيمة) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (ي)، (هـ): (سلطان).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٨٢).

(٦) «الوسيط» (٤/ ٢٩٥).

وإذا اختلفت القيمة يوم الأخذ ويوم الأكل، ففي «بعض الشروح»: أنه إن أخذ للأكل، اعتبرت[١] قيمته[٢] يوم الأخذ. وإن أخذ للتعريف، اعتبرت قيمته[٣] [٤] يوم الأكل. وإذا اختار البيع، ففي الحاجة إلى مُراجعة الحاكم ما مرّ في بيع الشّاة.

الضرب الثاني: ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة والتّجفيف، فإن كان الحظ لصاحبه في بيعه رطباً، بيع. وإلّا فإن تبرّع الواجدُ بالتجفيف، فذاك[٥].

وإلا بيع بعضه، وأُنفق[٦] على تجفيف الباقي[٧]. ويخالف الحيوان حيث يُباع جميعه؛ لأن النّفقة تتكرّر، فيؤدّي إلى أن يأكل نفسه. وهذا الضرب الثاني، لم يورده صاحب الكتاب.

وقوله: «من التقط طعاماً، فليأكله»، الحديث بهذه اللفظة لا ذكر له في الكُتُب، وإنما الذي يروى ما قدّمناه. والأكثرون[٨] لم يرووا في الطعام حديثاً، وإنما اقتبسوا حكمه[٩] من الأحاديث المنقولة في ضالّة الغنم. وصاحب الكتاب عكس القضية[١٠]، فجعل الحديث في الطعام أصلًا، ثم قال: (وفي معناه الشاة).

---

(١) في (هـ): (غرم).

(٢) في (ي)، (ز): (قيمة).

(٣) في (ز): (قيمة).

(٤) من قوله: (يوم الأخذ) إلى هنا سقط من (ي).

(٥) من قوله: (وإلا فإن) إلى هنا سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (واتفق).

(٧) قال الماوردي: «يفعل الحاكم أحظ الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه». «الحاوي» (٩/ ٤٥٦).

(٨) في (هـ): (والأكثرون وصاحب الكتاب).

(٩) في (هـ): (حكمه كله).

(١٠) في (هـ): (ذكر القضية).

وقوله: (فإنّها طعام) أي: هي في حُكمِهِ وقريبةٌ منه، ولذلك جاز[١] التبسُّط فيها في دار الكفر، جوازه في الأطعمة.

وقوله: (في الجحش وصغار الحيوانات التي لا تؤكل [خلاف][٢] فقيل: لا يلتحق بالشاة)، أي: في جواز التملك[٣] قبل التعريف، فإن الشاة تُتَملَّك وتؤكل.

وقوله: (فقد قيل: يبيعه)، أي يتدرّج إلى بيعه[٤]، على ما يقتضيه الحال من الظفر بالحاكم وعدمه.

وقوله: (ويُعرف ثمنه)، هكذا هو في لفظ الكتاب. لكن المعرّف[٥] باتفاق الأصحاب: هو المبيع دون الثّمن، كما أنه إذا أكل، يُعرِّف المأكول دون القيمة، أفرزها أو لم يُفرزها. ولذلك[٦] جعل بعضهم ويُعرِّفه لثمنه، أي[٧] ليتملك الثّمن بعد التعريف.

وقوله: (وقيل بخلافه)، يعني[٨] أنه[٩] لا يتعيّن البيع، ويجوز الأكل كما لو وجده في الصحراء.

---

(١) في (هـ): (أجاز).
(٢) ما بين المعقوفتين من متن «الوجيز».
(٣) من قوله: (وقوله في) إلى هنا سقط من (ز).
(٤) قوله: (إلى بيعه) سقط من (هـ).
(٥) في (ط العلمية): (المعروف).
(٦) في (ز)، (هـ): (وكذلك).
(٧) قوله: (أي) سقط من (ي)، (ط العلمية). والمقصود أن بعضهم جعل عبارة «الوجيز» (ويعرّف ثمنه) بدلاً منها (ويعرِّفه لثمنه)، لأنها الأصح الموافق للحكم.
(٨) قوله: (يعني) سقط من (ي)، (هـ).
(٩) في (ي)، (هـ)، (ط العلمية): (أي).

واعلم أنّ قوله في أول الفصل السابق: (ثم وجُوب التعريف سنة في مال كثير لا يفسد)، يجوز أن يراد به اعتبار ثلاثة أمور في التعريف سنة، وهي[1]: كونُهُ مالاً، وكثيراً، وغير فاسد.

لكنّه لم يقصد[2] ذلك، وإنما قصد اعتبار أمرين: الكثرة، وعدم الفساد. على ما شرحناه.

ولو أنه قصد الأول، لقال: «أما الذي لا يُتمّول فلا يُعرَّف، وأما القليل مما يُتمّول فيعرّف مرة أو مرتين». هذا، وخط[3] الحقيقة لا يختلف. والله أعلم.

❃ ❃ ❃

(١) قوله: (هي) سقط من (ز).
(٢) في (ط العلمية): (يفصل).
(٣) في (ز): «وخط». (م ع).

قال رحمه الله:

(الحُكم[١] الثالث: التملُّك، وهو جائزٌ بعدَ مُضيِّ المُـدّة. وقيل[٢]: إنه يَحصُلُ بمُجرَّدِ مُضيِّ السَّنةِ إذا تَقدَّمَ القصد. وقيل: لا بدَّ مِن تجديدِ القصد. وقيل: لا بدَّ مِن لفظٍ أيضاً[٣]. وقيل: لا بدَّ من تَصرُّفٍ أيضاً[٤]؛ مُزيلٍ للمِلكِ كما في القَرْض[٥].

أما لُقْطةَ مكّةَ فلا يتَملَّكُها (ح م)؛ لقوله ﷺ: «لا تَحِلُّ لُقْطتُها إلا لمُنشِد»[٦]، معناه: على الدوام، وإلا لم تظهر فائدةُ التخصيص. وقيل: إنها تُملَكُ كسائر البلاد).

من أحكام اللقطة: جواز التملك بعد التعريف، ولا فرق بين أن يكون الملتقط غنياً أو فقيراً[٧].

وعند أبي حنيفة[٨] رضي الله عنه: من لا تحل له الصدقة لا يجوز له التملك

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (هـ)، (ط العلمية): (وقد قيل).

(٣) من قوله: (وقيل لا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) من قوله: (وقيل لا بد) إلى هنا سقط من (ي).

(٥) في (ي): (القراض).

(٦) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة (٥/ ٨٧) (٢٤٣٣). وأبو داود، كتاب المناسك، باب تحريم حرم مكة (٢/ ٢١٢) (٢٠١٧).

(٧) قال الشافعي: «ويأكل اللقطة الغني والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥).

(٨) «المبسوط» (١١/ ٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «الاختيار» (٣/ ٣٣).

والارتفاق باللقطة، ولكنه[1] إن شاء حفظها للمالك، وإن شاء تصدق بها.

ومن يحل له الصدقة، إن شاء تملكها وارتفق بها ويكون متصدقاً على نفسه، وإن شاء تصدق بها[2] على غيره، وإن شاء حفظها للمالك[3].

ومهما تصدّق بها ثم جاء المالك، فهو بالخيار بين أن يجيز صدقته وبين أن يغرمه، ويكون ثواب الصدقة للملتقط. وعن مالك[4] رضي الله عنه: أنه يجوز للغني تملُّك اللقطة، ولا يجوز للفقير.

لنا: قوله ﷺ في حديث زيد بن خالد: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها»، ولم يفرق بين الغني والفقير. وروي أنّ أُبيّ بن كعب[5] رضي الله عنه وجد صُرّة فيها

---

(١) وحجتهم في ذلك: ما ورد من الأحاديث في الأمر بالتصدق بها، ومصرف الصدقة الفقير دون الغني. ثم إن الانتفاع بمال المسلم بغير إذنه لا يجوز إلا لضرورة ولا ضرورة إذا كان غنياً. ولأن المقصود اتصال ثواب اللقطة إلى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها إلى نفسه إذا كان غنياً، بل يتبين به أنه في الأخذ كان عاملاً لنفسه، ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه.
قوله: (ولكنه) سقط من (هـ).

(٢) من قوله: (ومن يحل) إلى هنا سقط من (ز)، (هـ).

(٣) قوله: (وإن شاء حفظها للمالك) سقط من (هـ).

(٤) المذهب عند المالكية: أنه لا فرق بين الغني والفقير في تملك اللقطة. قال المواق: «والذي يقتضيه قول ابن القاسم في «المدونة» أن له أن ينتفع بها، غنياً كان أو فقيراً». قال الحطاب: «وفي «التمهيد»: أجمعوا على أن للفقير أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان. واختلفوا في الغني، فقال مالك: أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها. وقال ابن وهب: قلت لمالك، قال: إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها وإن شاء استنفقها». «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٦/ ٧٤).

(٥) أبي بن كعب: أبي بن كعب بن قيس بن عبيد الأنصاري النجاري، أبو المنذر، وكناه بها الرسول ﷺ، وأبو الطفيل وكناه بها عمر بن الخطاب. ومن أصحاب العقبة الثانية، وشهد بدراً والمشاهد كلها. وهو أول مَنْ كتب للنبي ﷺ. وقال له ﷺ: «إن الله أمرني أن أقرأ عليك»، وقال: «أقرؤهم أبي بن كعب»، وهو من أحد الستة من أصحاب الفتيا، كان عمر يسأله عن النوازل ويتحاكم إليه في المعضلات، روى عنه عمر وعبادة بن الصامت وابن عباس وغيرهم. توفي سنة (٣٠هـ) في خلافة عثمان، وقيل غير ذلك. انظر: «أسد الغابة» (١/ ٦١ – ٦٣) (٣٤)، «الإصابة في تمييز الصحابة» (١/ ١٩ – ٢٠) (٣٢).

دنانير، فأتي النبي ﷺ فأخبره، فقال: «عرِّفْها حولاً، فإن جاء صاحبها فَعَرَف عددها ووكاءها فادفعها إليه، وإلّا فاستمتع بها»[١]، وكان أُبيّ رضي الله عنه من المياسير.

وفي الفصل مسألتان:

إحداهما: من التقط للتملك، وعرّف، ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه يملك بمجرد مُضي السنة؛ لما روي أنّ رجلاً قال: «يا رسول الله، ما نجد في السبيل العامر من اللقطة؟»، قال: «عرِّفها حولاً، فإن جاء صاحبها، وإلّا فهي لك»[٢].

وأصحهما[٣]: أنه لا يملك ما لم يختر التملك؛ لقوله ﷺ: «فشأنك بها»[٤]، فوّض الأمر إلى خيرته. وعلى هذا فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكفيه تجديد قصد التملك، ولا حاجة إلى اللفظ؛ لأن لفظ التملك، إنما يُعتبر حيث يكون هناك إيجاب[٥].

---

(١) أخرجه البخاري من طرق متعددة وبألفاظ مختلفة في كتاب اللقطة، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه (٥/ ٧٨) (٢٤٢٦)، باب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع حتى لا يأخذها من لا يستحق (٥/ ٩١ – ٩٢) (٢٤٣٧). وكذا أخرجه مسلم، كتاب اللقطة (١٢/ ٢٧).

(٢) أخرجه الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص (٢/ ٢٠٧) واللفظ له. وبلفظ آخر أخرجه أبو داود، كتاب اللقطة (٢/ ١٣٦ – ١٣٧) (١٧١٠).

(٣) وصححه البغوي، وهو قول أبي إسحاق المروزي، لأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمناً، فاقتضى ألا ينتقل عن ما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له. «التهذيب» (٤/ ٥٥١)، «الحاوي» (٩/ ٤٤٣).

(٤) سبق تخريجه ص٣٩٥ من هذا الجزء.

(٥) من قوله: (لأن لفظ) إلى هنا سقط من (ي).

وأصحها[١]: أنه لا بد من قوله: «تملكت»، وما أشبهه[٢]؛ لأنه تملّك مالٍ[٣] ببدل، فافتقر إلى اللّفظ، كالتملك بالشراء[٤].

وثالثها: أنه لا يُحكم له بالملك ما لم يتصرّف فيه؛ تخريجاً من القرض، فإنّ التصرّف باللقطة[٥] كالاستقراض. وعلى هذا، فيُشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل؟[٦].

وإنّ قوله في الكتاب: (لا بد من تصرّفٍ أيضاً مزيلٍ للملك)، جوابٌ بالوجه الأظهر من ذلك الخلاف.

الثانية: في[٧] لقطة مكة وحرمها قولان:

أظهرهما: أنه لا يجوز أخذها للتملك، وإنما تؤخذ للحفظ أبداً[٨]؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حَرَّمَهُ الله يوم خلق السموات والأرض، لا يُعضد شوكُه، ولا يُنفر صيدُهُ، ولا يَلتَقِطُ لُقطته إلّا من عرَّفها»[٩]، ويُروى: «لا تَحِلّ لقطته

---

(١) في (ط العلمية): (وأصحهما)، وفي (ي): (ثانيها).

(٢) في (ي): (لا بد من اللفظ).

(٣) قوله: (مالٍ) سقط من (ي).

(٤) وصححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٥١).

(٥) في (ي): (تملك)، وفي (ز): (التملك)، وفي (هـ): (في اللقطة).

(٦) الخلاف في التصرف الذي يملك القرض، على ثلاثة أوجه: أظهرها: أنه كل تصرف يزيل الملك. والثاني: كل تصرف يتعلق بالرقبة. والثالث: كل تصرف يستدعي الملك. انظر ما سلف (٦/ ٤٩٩).

(٧) قوله: (في) سقط من (ي).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٥٢).

(٩) أخرجه البخاري مطولًا في كتاب جزاء الصيد، باب لا يحل القتال بمكة (٤/ ٤٦ – ٤٧) (١٨٣٤). ومسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وتحريم صيدها وخلاها وشجرها ولقطتها (٩/ ١٢٣ – ١٢٦).

إلا لمنشد»[١] أي لمُعرِّف[٢]، والمعنى على الدوام، وإلّا فالحكم في سائر البلاد كذلك، فلا تظهر فائدةُ التّخصيص[٣]، والمعنى فيه: أنّ مكّة مثابةٌ للناس يعودون إليها مرّةً بعد أخرى، فربَّما يعود من أضلها، أو يبعث في طلبها.

والثاني: أنها كلُقطة سائر البقاع، والمراد من الخبر: أنه لا بد من تعريفها سنة، كما في سائر البلاد؛ كيلا يُتوهّم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس، وبعد العود في طلبها من الآفاق.

وليعلم قوله في الكتاب: (فلا يتملّكُها)، بالحاء[٤] والميم[٥]؛ لأن مذهبهما كالقول الثاني، وبالألف؛ لأن أحمد[٦] يوافقهما في أظهر الروايتين. والله عزّ وجلّ أعلم.

* * *

---

(١) سبق تخريجه ص٤٦٤ من هذا الجزء.

(٢) وهو تأويل الشافعي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٢٨).

(٣) من قوله: (والمعنى على) سقط من (هـ).

(٤) «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢)، «الاختيار» (٣/ ٣٥).

(٥) «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٦/ ٧٤)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١٢١). ورجح بعض المالكية: أن لقطة الحرم لا تملك. انظر: «المنتقى» (٦/ ١٣٨).

(٦) «المحرر» (١/ ٣٧١)، «الكافي» (٢/ ٣٥٦).

قال رحمه الله:

(الحُكم[١] الرابع: وجوبُ (و) الردّ، فمهما أقامَ المالكُ بيِّنة؛ فإن أطنَبَ في الوصفِ وغلبَ على الظنِّ صِدقُه: جازَ الردّ. وفي الوجوبِ بغيرِ بيّنةٍ خلاف، ولعلَّ الاكتفاءَ بعَدلٍ واحدٍ أَولى؛ فإن البيّنة قد تَعسُرُ إقامتُها.

فإن ردَّ إلى الواصف؛ فظهرَ مالكٌ وأقام البيّنة؛ فإن شاء طالبَ المُلتقِط، وإن شاءَ طالبَ الواصف. ثم القَرارُ على الواصفِ إن لم يكن قد اعترفَ المُلتقِطُ له بالمِلك.

ولو ظهرَ المالكُ[٢] بعدَ التملُّكِ غَرِمَ المُلتقِطُ قيمتَها يومَ التملُّك؛ فإن كانت العينُ قائمة ففي وجوبِ ردِّ العينِ تردُّد (و)؛ فإن رَدَّ تَعيَّنَ على المالكِ القَبول، وإن كانت مَعيبةً وضمَّ إليه الأرش، فهل عليه القَبول أم يجوزُ له المُطالَبةُ بالقيمة؟ فيه وجهان).

من[٣] أحكام اللقطة: ردُّ عينها، أو بدلها عند ظهور مالكها، ويقع الكلام فيه في جملتين:

إحداهما: إذا جاء من يدعيها، نُظر: إن لم يُقم البينة على أنها له، ولا وصفها، لم يُدفع[٤] إليه شيء[٥]، إلا أن يعلم الملتقط أنها له، فيلزمه الدفع إليه وإن أقام

---

(١) قوله: (الحكم) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (المالك) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (من) زيادة في (ز).

(٤) في (ط العلمية): (يرفع).

(٥) قوله: (شيء) سقط من (ز).

البينة، ردّت عليه[1]. وإن وصفها، نُظر: إن لم يغلب على ظن الملتقط صدقه، لم يدفعها إليه على المشهور. وحكى الإمام[2] تردُّداً في جواز الدفع.

وإن غلب على ظنه صدقه، جاز دفعها إليه، وفي وجوبه وجهان نقلهما الإمام[3] وصاحب الكتاب:

أحدهما ـ وهو الرواية عن مالك[4] وأحمد[5] رضي الله عنهما ـ: أنه يجب؛ لأن إقامة البينة على اللقطة قد تَعْسُرُ[6]، وقد روي أنه ﷺ قال: «فإن جاء باغيها[7]، فعرف عِفاصها وعددها، فادفعها إليه»[8].

وأصحهما ـ وهو الذي يشتمل عليه كتب عامّة الأصحاب، وبه قال أبو حنيفة[9]

---

(١) في (ز)، (هـ): (إليه).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩١-٤٩٢).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩١-٤٩٢).

(٤) «المنتقى» (٦/ ١٣٦)، «الكافي» (ابن عبد البر) ص٤٢٥، «المدونة الكبرى» (٤/ ٣٦٦)، «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٤/ ١١٨).

(٥) «المحرر» (١/ ٣٧٢).

(٦) وأيضاً: لأن فائدة حفظ صفة العفاص والوكاء أن يكون من أتى فأخبر عنها بذلك، أنه صاحبها، لأن الأغلب من حالها أنه لا يأتي بصفتها إلا صاحبها. انظر: «المنتقى» (٦/ ١٣٦).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (صاحبها).

(٨) هذه رواية لأبي داود في أول كتاب اللقطة (٢/ ١٣٦) (١٧٠٨). وعند مسلم بلفظ: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها، فأعطها إياه، وإلا فهي لك» كتاب اللقطة (١٢/ ٢٥). وبألفاظ أخرى عند ابن حبان، كتاب اللقطة، باب ذكر لفظة أوهمت عالماً من الناس ضد ما ذهبنا إليه (٧/ ١٩٨ - ١٩٩) (٤٨٧٣).

(٩) وعند الحنفية: أن الملتقط بالخيار بين أن يدفعها له بعد وصفه ويأخذ منه كفيلًا إن شاء، أو يمتنع حتى يقيم المدعي البينة. انظر: «المبسوط» (١١/ ٨)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٢).

رضي الله عنه ـ: أنه لا يجب؛ لأنّه مُدَّع، فيحتاج إلى بينة. وعلى هذا، فلو قال الواصف: «يلزمك تسليمها إليّ»، فله أن يحلف: «أنه لا يلزمه ذلك[١]». ولو قال: «تعلم أنها ملكي»، فله أن يحلف: «أنه لا يعلم»[٢]؛ لأن الوصف لا يفيد العلم.

واختار صاحب الكتاب شيئاً متوسطاً بين الوجهين، فقال: الأولى أن يكتفى بعدل واحد؛ لحصول الثقة[٣]. وظاهر المذهب خلافه.

وإذا دفعها إلى الواصف، ثم جاء آخر وأقام البينة على «أنها له»، فإن كانت باقية، انتزعت منه ودفعت إلى الثاني. وإن تلفت عنده، فهو بالخيار بين أن يُضمّن الملتقط أو الواصف: فإن ضمَّن الواصف، لم يرجع على الملتقط؛ للتلف عنده. ولأن الثاني ظالم بزعمه، فلا يرجع على غير ظالمِهِ. وإن ضمَّن الملتقط، رجع إن لم يُقرّ للواصف بالملك، وإن أقرّ، لم يرجع؛ مؤاخذةً له بقوله[٤].

هذا إذا دفع بنفسه[٥]. أمّا إذا ألزمه حاكم الدفع[٦] إلى الواصف، لم يكن لمقيم البينة تضمينه.

ولو جاء الواصف بعدما تملّك الملتقط اللقطة وأتلفها، فغرّمها الملتقط له[٧] لظنِّه صدقه، ثم جاء آخر وأقام البينة، فله مطالبة الملتقط دون الواصف؛ لأنَّ الحاصل عند الواصف مال الملتقط لا ماله.

---

(١) قوله: (ذلك) سقط من (ز).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٤).

(٣) كذا قال في «الوسيط» (٤/ ٢٩٩).

(٤) في (ز): (بإقراره).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٤).

(٦) في (ط العلمية): (الحاكم الدافع).

(٧) في (ط العلمية): (فعرّفها له الملتقط).

وإذا غرمَ الملتقط، فهل يرجع على الواصف؟ يُنظر: هل أقرَّ له بالملك عند الغرامة، أم لا؟ كما سبق. والله أعلم.

فرعان عن «شرح القاضي ابن كج» رحمه الله:

أحدهما: أقام مُدّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده[١] وعند الملتقط، فاسقين[٢] عند القاضي، فعن أبي الحسين[٣] وجهان في أن القاضي هل يلزمه الدّفع؛ لاعترافهما بعدالتهما[٤]؟ والصحيح المنع.

الفرع[٥] الثاني: ادّعاها اثنان، وأقام كلّ واحدٍ[٦] بيِّنة على «أنها له»، ففيه أقوال التعارض.

الجملة الثانية: إذا ظهر المالك قبل تملك[٧] الملتقط، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة. وإن ظهر بعد التملك، فللقطة حالتان:

الحالة الأولى[٨]: أن تكون باقية عنده، فينظر: إن بقيت بحالها، فوجهان:

أظهرهما[٩]: أن له أخذها، وليس للملتقط أن يلزمه أخذ بدلها.

---

(١) قوله: (عنده) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (فاسقين) سقط من (هـ)، وفي (ط العلمية): (وهما فاسقين).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (أبي الحسن).

(٤) في (ط العلمية): (لاعترافهما بعد التهمة).

(٥) قوله: (الفرع) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٦) في (هـ): (كل واحد منهما).

(٧) في (ي): (تمام).

(٨) في (ز)، (هـ): (إحداهما).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (أحدهما)، وفي «الروضة»: «أصحهما» (٥/ ٤١٤).

والثاني: المنع[١]. ولا شك في أنه إذا ردّها الملتقط، وجب على المالك القبول. وهذا من الجانبين كما سبق في القرض[٢].

وإذا قلنا بالأظهر، فلو باعها الملتقط بشرط الخيار، ثم جاء مالكها[٣]، حكى صاحب «المعتمد» وجهين في أنه هل يُفسخ العقد؟ ووجّه المنع بأنّ الفسخ حقُّ العاقد، فلا يتمكن غيره منه بغير إذنه.

وردّ القاضي ابن كج الوجهين إلى أنّه هل يُجبر الملتقط على الفسخ؟ ويجوز فرض الوجهين في الانفساخ، كالوجهين فيما إذا باع العدل الرّهن بثمن المثل، فظهر طالبٌ في مجلس العقد بزيادة[٤].

وإن حدثت في اللقطة زيادة؛ فالمتصلة تتبعها، والمنفصلة تُسلّم للملتقط، ويرد الأصل[٥]. وإن نقصت بعيب أو نحوه، وقلنا: إنها لو بقيت بحالها، لم يكن للمالك أخذها، رجع إلى بدلها سليمة. وإن قلنا: له أن يأخذها، فكذلك هاهنا، ويُغَرِّمُهُ الأرش؛ لأن الكلّ مضمون عليه لو تلف، فكذلك البعض[٦].

وفيه وجه: أنه يقنع بها ولا يغرمه الأرش. وهو الذي أورده في «التهذيب»[٧].

---

(١) قال البغوي: «لا يجب عليه رد عينه إن كانت قائمة، لأنها ملكه، بل إن شاء رد عينها، وإن شاء رد المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان متقوّماً». «التهذيب» (٤/ ٥٥١ – ٥٥٢).

(٢) انظر ما سلف (٦/ ٤٩٩).

(٣) في (هـ): (صاحبها).

(٤) الوجهان: أحدهما: أن البيع لا ينفسخ، لأن حصول الزيادة غير موثوق بها. وأصحهما: الانفساخ، لأن مجلس العقد كحالة العقد، وليس له أن يبيع بثمن المثل وهناك من يبذل زيادة. انظر ما سلف (٧/ ٦٨-٦٩).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٢).

(٦) قوله: (لو تلف فكذلك البعض) سقط من (ز).

(٧) قال البغوي: «وإن رضي المالك بعين ماله، لم يكن له أن يطالبه بأرش النقصان» «التهذيب» (٤/ ٥٥٢).

ولو أراد الرجوع إلى بدلها، وقال الملتقط: «أضم الأرش إليها وأرُدّها»، فوجهان:

أظهرهما: أنّ على المالك القبول؛ لأن العين الناقصة مع الأرش كغير الناقصة، وصار كالغاصب.

والثاني: له الرجوع إلى البدل؛ لأن ما خرج عن ملكه[1] تغير عما كان. وعلى هذا، فهو بالخيار بين[2] البدل والعين الناقصة، إما مع الأرش أو دونه. كما سبق.

الحالة[3] الثانية: أن تكون تالفة، فعليه بدلها، إما المِثل أو القيمة، والاعتبار بقيمة يوم التملك. وعن الكرابيسي من أصحابنا: أنه لا يطالب بالقيمة، ولا يرد العين عند بقائها. والمذهب الأول؛ لما روي «أن النبي ﷺ أمر علياً رضي الله عنه أن يغرم الدينار الذي وجده، لما جاء صاحبه»[4]. وعلى هذا، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف، ولولا ثبوته لما تمكن المالك[5] من طلبه إذا جاء.

وعن «الزيادات على الشرح» لأبي إسحاق فيما رواه أبو الطيب السّاويُّ: أنه لا يثبت، وإنما يتوجه عند مجيء[6] المالك ومطالبته.

ويجوز أن يعلم ـ لما حكي عن الكرابيسي ـ قوله في الكتاب: (الحكم الرابع: وجوب الرّد) بالواو. والله تعالى أعلم.

فروع متفرقة:

---

(١) قوله: (ملكه) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (بين) سقط من (ي).

(٣) قوله: (الحالة) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) سبق تخريجه ص٤٥٣ من هذا الجزء.

(٥) قوله: (المالك) سقط من (هـ).

(٦) في (ي): (وإنما يثبت بتوجه مجيء).

إذا وجد رجلان لقطة، يُعرِّفانها ويتملكانها[١]، وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه، كما لا يجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره.

ولو تنازعا في لقطة، وقال كلُّ واحد[٢]: «أنا الذي التقطته»، وأقام عليه بينة: فإن تعرّضت بينة أحدهما للسبق، حكم له، وإلّا فعلى الخلاف في تعارض[٣] البينتين. ولو ضاعت من يد الآخذ[٤]، فأخذها غيره: فالأول أحق بها[٥].

وفي وجه: الثاني أحق[٦].

ولو كانا يتماشيان فرأى أحدهما اللقطة فأخبر بها الآخر فأخذها، فالآخذ أولى[٧]. ولو أراه اللقطة وقال: «هاتها»، فأخذها لنفسه، فكذلك. وإن أخذها للآمر، أو له ولنفسه[٨]، فعلى الوجهين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه.

ومن رأى شيئاً مطروحاً على الأرض، فدفعه[٩] برجله ليعرف جنسه أو قدره، ثم لم يأخذه حتّى ضاع، لم يضمنه؛ لأنه لم يحصل في يده. قاله في «التتمة».

وإذا دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يُعرِّف ويتملك، ففي تمكينه وجهان. حكاهما القاضي ابن كج.

---

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٢)، في (ي): (أو يتملكانها).

(٢) في (ط العلمية): (كل واحد منها).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (لتعارض).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (في يد الآخر)، وفي (هـ): (الآخر).

(٥) وقطع به في «التهذيب» (٤/ ٥٥٢).

(٦) قوله: (أحق) سقط من (هـ).

(٧) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٥٢).

(٨) في (ط العلمية): (أو لنفسه)، وفي (ز)، (هـ) تقديم وتأخير.

(٩) في (ي): (فطرحه).

وفي «المُهذّب»[١]: أنه إن وجد[٢] خمراً أراقها صاحبها، لم يلزمه تعريفها؛ لأن إراقتها مستحقة. فإن صارت عنده خلّاً، فوجهان:

أحدهما: أنها لمن أراقها، كما لو غصبها فصارت خلًّا عنده.

والثاني: أنه للواجد؛ لأن الأول أسقط حقّه منها، بخلاف صورة الغصب، فإنّها حينئذ[٣] مأخوذةٌ بغير رضاه.

ولك أن تقول: ما ذكره تصويراً أو توجيهاً إنما يستمر في الخمر المحترمة، وحينئذٍ فالقول بأن إراقتها مستحقة ممنوع، أما في الابتداء فظاهر، وأما عند الوجدان، فكذلك ينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد[٤]. ثم يشبه أن يكون ما ذكره[٥] مخصوصاً بما إذا أراقها؛ لأنه بالإراقة معرض عنها، فيكون كما لو أعرض عن جلد ميتة، فدبغه غيره، وفيه وجهان مذكوران في الكتاب في الصيد والذبائح[٦]. فأما إذا ضاعت الخمر المحترمة من صاحبها، فلتُعرّف كالكلب. والله أعلم.

وقد عرفت في الباب: أن البعير وما في معناه لا يلتقط إذا وجد في الصحراء، واستثنى صاحب «التلخيص»[٧] منه ما إذا وجد[٨] بعيراً في أيام «منى» في الصحراء مقلداً[٩] كما

---

(١) «المهذب» (١٥/ ٢٧٨).

(٢) في (هـ): (أخذ).

(٣) قوله: (حينئذ) سقط من (ي).

(٤) قوله: (إذا خلا عن قصد فاسد) سقط من (ي).

(٥) قوله: (أن يكون ما ذكره) سقط من (هـ).

(٦) قال الغزالي: «وأولى بأن يزول ملكه». انظر ما سيرد (٢٠/ ٢٣٨).

(٧) انظر: «الوسيط» (٤/ ٢٩٠).

(٨) قوله: (وجد) سقط من (هـ).

(٩) في (ي): (متقلداً).

تقلد الهدايا، فحكى عن نصّ الشافعي رضي الله عنه: أنه يأخذه، ويعرفه أيام «منى»، فإن خاف أن يفوته وقت النحر، نحره. والأحب أن يرفعه إلى الحاكم، حتى يأمره بنحره.

قال الشارحون لكتابه: إنه مصدق في نقله، لكن من الأصحاب من حكى قولاً آخر: أنه لا يجوز أخذه على ما هو قياس الباب.

ثم بنوا القولين، على القولين فيما إذا وجد بدنةً منحورة، غمس ما قلدت به في دمها[١] وضرب به صفحة سنامها، هل يجوز الأكل منها؟ فإن منعنا الأكل، منعنا الأخذ هاهنا. وإن جوزنا الأكل؛ اعتماداً على العلامة، فكذلك التقليد[٢] علامة كون البعير هدياً. والظاهر: أن تخلفه لضعفه عن المسير، والأضحية المعينة إذا ذبحت في وقت النحر، وقع[٣] الموقع، وإن لم يأذن صاحبها.

قال الإمام[٤]: لكن ذبح الضحية[٥] المعينة[٦] وإن وقع الموقع، لا يجوز الإقدام عليه من غير إذن. وهاهنا جوز صاحب «التلخيص» فيما نقل، الأخذ والنحر.

ولهذا الإشكال ذهب القفال؛ تفريعاً على هذا القول: أنه يجب رفع الأمر إلى الحاكم؛ لينحره، وأوّل قول الشافعي رضي الله عنه: «وأحب». هذا[٧] ما ذكروه في المسألة.

---

(١) في (ط العلمية): (ذمتها).

(٢) في (ز): (الأضحية).

(٣) في (هـ): (وقعت).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٤٩٣-٤٩٤).

(٥) في (هـ): (الأضحية).

(٦) قوله: (المعينة) زيادة في (ط العلمية).

(٧) قوله: (هذا) سقط من (ي)، (ط العلمية).

ثم لك أن تقول: الاستثناء غير منتظم وإن قلنا: إنه يؤخذ؛ لأن الأخذ الممنوع منه إنما هو الأخذ للتملك، ولا شك أن هذا البعير لا يؤخذ للتملك. والله عزّ وجلّ أعلم بالصواب.

* * *


كتاب اللقيط

قال:

(كتاب اللَّقِيط[١]

وفيه بابان:

الباب[٢] الأوَّل: في الالتقاط وحُكمه[٣]

وكلُّ صبيٍّ ضائع لا كافلَ له: فالتقاطُه من فروض الكِفايات. وفي وُجُوبِ الإشهادِ عليه خيفةً من الاسترقاق خلافٌ (و) مُرتّبٌ على اللُّقْطة، وأَولى بالوُجُوب. وإن كانَ اللَّقِيطُ[٤] بالغاً فلا يُلتقطُ. وإن كان مُميّزاً ففيه تَردُّد).

الصبي[٥] الموضوع في الطريق[٦] الضائع يسمى منبوذاً؛ باعتبار أنه نبيذ[٧]،

---

(١) اللقيط في اللغة: مشتق من لقط يلقطه لقطاً، أي أخذه من الأرض فهو ملقوط ولقيط. واللقيط هو المولود الذي يُنبذ على الطرق أو يوجد مرمياً على الطرق لا يُعرف أبوه ولا أمه. فعيل بمعنى مفعول، كالملقوط. انظر: «تاج العروس» فصل اللام، باب القاف (٥/ ٢١٦ – ٢١٧) (لقط).
واصطلاحاً: «صغيرُ آدميٍّ لم يُعلم أبواه ولا رقه». وقيل: «طفل نبيذٌ بنحو شارع لا يُعرف له مدّع». ويُسمى دعياً أيضاً، للجهل بمن يُنسب إليه. انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢/ ٥٦٥)، «نهاية المحتاج» (٥/ ٤٤٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٤١٧)، (أبو الضياء علي بن علي الشبراملسي القاهري) «حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج» (٥/ ٤٤٦) (الطبعة الأخيرة ١٤٠٤هـ دار الفكر، بيروت، لبنان).

(٢) قوله: (الباب) سقط من (ز).

(٣) قوله: (وحكمه) سقط من (ي).

(٤) في (ز)، (هـ): (الصبي).

(٥) قوله: (الصبي) سقط من (هـ).

(٦) في (ي)، (هـ): (الطرق).

(٧) في (ط العلمية): (يبدو)، وفي (ز): (نُبذ).

ولقيطاً وملقوطاً[١]؛ باعتبار أنه[٢] يُلقط[٣].

واستأنسوا لأصل الباب بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وبقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧].

وبما روي عن سنين بن أبي جميلة[٤]، أنه وجد منبوذاً فجاء به إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: «ما حملك على أخذ هذه النسمة؟»، فقال: «وجدتُها ضائعة، فأخذتها[٥]»، فقال عريفُه[٦]: «يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح»، فقال: «كذلك؟»، قال: «نعم»، قال: «اذهب، فهو حُرٌّ، ولك ولاؤُه، وعلينا نفقته»[٧].

---

(١) قوله: (وملقوطاً) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (باعتبار أنه) سقط من (ي).

(٣) في (ي): (يلتقط).

(٤) سنين أبو جميلة: سنين أبو جميلة السلمي ويقال الضمري، وقيل اسم أبيه واقد. قال العجلي: تابعي ثقة. وذكره ابن سعد في الطبقة الأولى من التابعين. وقيل إنه أدرك النبي ﷺ وكان معه عام الفتح. وسنين تصغير سن. انظر: «الإصابة في تمييز الصحابة» (٢/ ٨٥) (٣٥١٨)، «أسد الغابة» (٢/ ٣١٣) (٢٢٧٨)، «الطبقات الكبرى» (٤/ ٦٣).

(٥) قوله: (فأخذتها) سقط من (هـ).

(٦) في (ي): (فقال عريفه لعمر).

والعريف: هو القيم بأمور القبيلة أو الجماعة من الناس، يلي أمورهم ويتعرف الأمير منه أحوالهم، فعيل بمعنى فاعل. والعريف أيضاً: رئيس القوم وسيدهم. وأيضاً: النقيب وهو دون الرئيس. انظر: «تاج العروس» فصل العين، باب الفاء (٦/ ١٩٥) (عرف).

(٧) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية، القضاء في المنبوذ ص٥٢٤ (١٤١٥). والبيهقي، كتاب اللقطة، باب التقاط المنبوذ وأنه لا يجوز تركه ضائعاً (٦/ ٢٠١ - ٢٠٢). وأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» مختصراً، كتاب الولاء، باب ولاء اللقيط (٩/ ١٤) (١٦١٨٢).

وأخرجه البخاري تعليقاً، كتاب الشهادات، باب إذا زكى رجل رجلاً كفاه (٥/ ٢٧٤). انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٧)، «نصب الراية» (٣/ ٤٦٥).

ولما كان التقاط المنبوذ مناسباً للقطة ومشاركاً لها في كثير من الأحكام، وصل أحدهما بالآخر، والكلام فيه كما في اللقطة في[1] الأركان والأحكام.

ثم الأحكام[2] تنقسم إلى ما يطّرد وإلى ما لا يطّرد، بل تختلف بحسب حال اللقيط[3] وأحكامه، وفيه أكثر النّظر، فأدرج صاحب الكتاب رحمه الله، مقاصده في بابين: أحدهما: في الأركان والأحكام العامة، والثاني: في أحكام اللقيط.

أما الأول: فالأركان ثلاثة:

أحدها: في[4] نفس الالتقاط، وهو من فروض الكفايات[5]؛ صيانة للنفس المحترمة عن الهلاك[6]. وفي وجوب الإشهاد إذا أخذ اللقيط، طريقان:

أحدهما: أنه على وجهين أو قولين، كما قدّمناه في اللقطة، وهما فيما ذكر القاضي ابن كجّ على سبيل النقل والتخريج؛ لأنه نص هاهنا على الوجوب، وفي اللقطة على الاستحباب.

وأظهرهما[7]: القطع بالوجوب، بخلاف اللقطة؛ فإن المقصود فيها المال والإشهاد في[8] التصرفات المالية مستحب، وفي اللقيط يحتاج إلى حفظ الحرية والنسب، فجاز

---

(١) قوله: (في) سقط من (ط العلمية)، وفي (هـ): (من).

(٢) في (ز)، (هـ): (أحكامه).

(٣) في (ز): (الملتقط).

(٤) قوله: (في) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٨).

(٦) «كبذل الطعام للمضطر» «المهذب» (١٥/ ٢٨٤).

(٧) في (ي)، (ز): (وأصحهما).

(٨) في (هـ): (على).

أن يجب الإشهاد[١] كما في النكاح[٢]. وأيضاً: فاللقطة يشيع أمرها بالتعريف، ولا تعريف في اللقيط. وقد يعبر عن الطريقتين بترتيب الخلاف على الخلاف في اللقطة كما[٣] ذكر في الكتاب، إن أوجبنا الإشهاد ثَمّ فهاهنا أولى، وإلا ففيه الخلاف.

وحكى الإمام[٤] وجهاً ثالثاً: وهو الفرق بين أن يكون ظاهر العدالة فلا يكلف الإشهاد، أو مستورها فيكلف؛ ليصير الإشهاد قرينة تغلب على الظن الثقة.

وإن أوجبنا الإشهاد؛ فلو تركه، قال في «الوسيط»[٥]: لا تثبت له ولاية الحضانة، ويجوز الانتزاع. وهذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط.

وإذا أشهد، فليشهد على اللقيط وما معه. نصّ عليه[٦].

الركن الثاني: اللقيط، وقد ضبطه في الكتاب، فقال: (كل صبي ضائع لا كافل له، فالتقاطه من فروض الكفايات)، فيخرج بقيد (الصّبي)، البالغ؛ فإنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى لالتقاطه. نعم، لو وقع[٧] في معرض هلاكٍ، أُعين؛ ليتخلص.

وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردّد للإمام: أحد الاحتمالين: أنه لا يُلتقط؛ لأنه كضالة الإبل في أنه مُستقل ممتنع[٨]، فلا يتولى أمره إلاّ الحاكم. وأوفقهما

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (الإشهاد عليه).

(٢) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٥٥).

(٣) في (ط العلمية): (بل).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٧-٥٠٨).

(٥) «الوسيط» (٤/ ٣٠٣).

(٦) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٧) في (ط العلمية): (لكن الوقوع).

(٨) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣٠٣).

لكلام الأصحاب: أنه يُلتقط؛ لحاجته إلى التعهد والتربية.

وأمّا الضائع، فيجوز أن يريد به غير المميز؛ لأن المميز يتدارك أمره[١] بتمييزه وامتناعه[٢]، فلا يكون ضائعاً.

والأحسن حمله على المنبوذ، فإنّ غير المنبوذ وإن لم يكن له أبٌ ولا جد ولا وصي[٣] من جهتهما، فحفظه من وظيفة القاضي، فيسلمه إلى من يقوم به؛ لأنه كان له كافلٌ معلومٌ، فإذا فُقد قام القاضي مقامه، كما أنه يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين[٤].

والمنبوذ شبيه باللقطة، فلم يختص حفظه بالقاضي[٥]. ذكر ذلك الشيخ أبو محمد.

وأما قوله: (لا كافل له)، فالمراد من الكافل[٦]: الأب والجد ومن يقوم مقامهما، والمُلتقَط ممن هو في حضانة أحد هؤلاء، لا معنى لالتقاطه، إلا أنه لو حصل بمضيَعة، أُخذ لِيُردّ إلى حاضنه[٧].

وقوله: (وفي وجوب الإشهاد عليه خشية[٨] من الاسترقاق)، لو أخر ذكر خشية الاسترقاق عن قوله: (خلاف مرتب)، كان أحسن؛ فإن خشية الاسترقاق جهة الترتيب[٩].

---

(١) قوله: (أمره) سقط من (هـ).

(٢) في (ط العلمية): (وأما امتناعه).

(٣) في (ط العلمية): (مضى).

(٤) في (ط العلمية): (المفقودين).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (والمنبوذين يشبهون ... حفظهم بالقاضي).

(٦) في (هـ): (بالكافل).

(٧) في (ز)، (هـ): (صاحبه).

(٨) في نصّ «الوجيز»: (خيفة).

(٩) في (ط العلمية): (عن خلاف جهة الترتيب).

وقوله: (وإن كان اللقيط بالغا)، أي[١] الذي يقصد التقاطه، وإلا فهو غير ملقوط، وقد يوجد في النسخ: (وإن كان الصبي بالغا)، وهو مختل[٢].

قال:

(وولايةُ الالتقاطِ لكلِّ حُرٍّ مسلم عَدْلٍ رشيد. أما العبدُ والمُكاتَب؛ إذا التُقطا بغيرِ إذنِ السَّيد انتُزِعَ مِن أيديهما؛ فإنّ الحَضانةَ تَبرُّعٌ وليس لهما ذلك، وإن أذِنَ السيِّد فهو المُلتقِط. والكافرُ يلتقطُ الصبيَّ[٣] الكافرَ دونَ المسلم؛ لأنه لا ولايةَ له على المسلم[٤]. أما المسلمُ فيلتقطُ الكافرَ والمسلم[٥]. وأما الفاسقُ فيُنتَزعُ مِن يدِه، وكذا المُبذِّر؛ فإن الشرعَ لا يأتمنُهما. وأما الفقيرُ فهو أهلٌ له).

الركن الثالث: الملتقط، ويعتبر فيه أمور[٦]:

أحدها: التكليف، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون. وهذا أهمله في الكتاب؛ لوضوحه.

والثاني: الحرية، فالعبد إذا التقط يُنتزع من يده إن لم يأذن السيد؛ لأن الحضانة

---

(١) قوله: (أي) سقط من (ز).

(٢) في (هـ): (محتمل).

(٣) قوله: (الصبي) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) قوله: (له على المسلم) زيادة في (ز)، (هـ).

(٥) قوله: (والمسلم) سقط من (ط العلمية)، وفي (هـ): (والفاسق).

(٦) قال البغوي: «إن كان الملتقط مسلماً حراً عدلًا مقيماً، يقَرّ اللقيط في يده» «التهذيب» (٤/ ٥٦٨).

تبرع وليس له أهلية التبرع، وإن أذن السيد أو علم به، فأقره[١] في يده[٢] جاز، وكان السيد الملتقط[٣]، وهو نائبه[٤] في الأخذ والتربية[٥].

والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد، انتزع أيضاً من يده. وإن التقط بإذنه، جاء فيه الخلاف في تبرعاته بالإذن، لكن الظاهر المنع؛ لأن حق الحضانة ولايةٌ، وليس المكاتب من أهل الولايات[٦].

وقوله في الكتاب: (فإن أذن السيد: فهو الملتقط)، ظاهرٌ في العبد، فإن رجع إلى المُكاتب أيضاً، فهو مفروض فيما لو قال: «التقطه[٧] لي»، ويشبه أن يكون على الوجهين في التوكيل بالاصطياد[٨]. وأما إذا قال: «التقطه[٩] لنفسك»، ففيه ما سبق. وذكر في «المعتمد» وجهين: فيمن نصفه حر ونصفه عبد[١٠] إذا التقط في يوم نفسه، هل يستحق الكفالة؟

والثالث: الإسلام، فالكافر يلتقط الصبي الكافر دون المسلم؛ لأنه نوعُ ولاية وتسلط[١١]،

(١) في (ط العلمية): (فأمره).

(٢) قوله: (في يده) سقط من (هـ).

(٣) في (ز): (هو الملتقط).

(٤) انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٨٨).

(٥) في (هـ): (والتربية والتكليف).

(٦) في (هـ): (أهلًا للولاية).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (التقطته).

(٨) من قوله: (ويشبه أن) إلى هنا سقط من (ي)، (ز).

(٩) في (ي)، (ط العلمية): (التقطته).

(١٠) قوله: (ونصفه عبد) سقط من (ز)، (هـ).

(١١) «ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه». «المهذب» (١٥/ ٢٩٢).

وللمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره. وستعرف أنّ اللقيط متى يُحكم له بالإسلام؟ ومتى لا يُحكم له؟[١].

والرابع: العدالة، فليس للفاسق الالتقاط، ولو التقط انتزع منه[٢]؛ فإنه غير مؤتمن شرعاً، ويُخاف منه الاسترقاق وسوء التربية. ويخالف اللقطة، حيث تقر في يده على رأي؛ لأن فيها معنى الاكتساب[٣]. ولا يحتاج[٤] إلى رده إليه بعد التعريف للتملك، فجاز أن يترك في يده بشرط الاحتياط[٥].

ومَن ظاهر حاله الأمانة إلا أنه لم يُختبر، فلا يُنتزع من يده، لكن يوكل به الإمام مَن يراقبه من حيث لا يدري؛ كيلا يتأذّى، فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة.

وقبل ذلك، لو أراد المسافرة به مُنع وانتزع منه؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يكون إظهاره العدالة لمثل هذا الغرض الفاسد.

واعلم أن الشافعيَّ رضي الله عنه قال في «المختصر»: «وإن أراد الذي التقطه الظعن به، فإن كان يؤمن أن يسترقه فذلك له، وإلّا منعه»[٦]، يعني الحاكم.

واعترض عليه: بأنّ الفاسق الذي لا يؤمن، لا يقرّ اللقيط[٧] في يده، سافر به

---

(١) قوله: (له) زيادة في (ط العلمية).

(٢) في (هـ): (من يده).

(٣) في (ط العلمية): (الإكساب).

(٤) في (ي)، (ز): (ولأنا نحتاج).

(٥) وأيضاً: ما يُخاف على المنبوذ من استرقاقه وإضاعته، أغلظ مما يُخاف على المال من استهلاكه وتلفه، لأن للمال بدل، وليس للحرية بدل. «الحاوي» (٩/ ٤٧١).

(٦) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٧) قوله: (اللقيط) سقط من (هـ).

أولم يسافر، فكيف خصّ المسافرة بالمنع؟ وأجاب أكثر الأصحاب[١] بحمله على ظاهر العدالة، المستور الحال، كما سبق. ومنهم من سلّم أنه أراد الموثوق بعدالته ظاهراً وباطناً، وقال: قد يكون مأموناً في بلدة ثم يخشى منه عند السفر[٢] وهذا ينساق[٣] إلى خلاف في جواز مسافرة العدل الموثوق به باللقيط. وسيأتي من بعد، إن شاء الله تعالى. وقال بعضهم: المراد ما إذا أحدث ما يغير أمانته، أو يوقع ريبة في حاله، والله أعلم.

الخامس: الرشد، فالمبذر المحجور عليه لا يُقَرُّ اللقيط في يده؛ لأنه ليس مؤتمناً شرعاً وإن كان عدلاً. ولا يشترط في الملتقط الذكورة، بل الحضانة بالإناث أليق[٤]. ولا كونه غنياً؛ إذْ ليست النفقة على الملتقط، والفقير أهلٌ للحضانة كالغني.

وفي «المهذّب»[٥] وجه آخر: أنه لا يقرُّ في يد الفقير؛ لأنه لا يتفرغ للحضانة، لاشتغاله بطلب القوت. والصحيح الأول، وهو المذكور في الكتاب.

❊ ❊ ❊

---

(١) في (هـ): (الأكثرون).

(٢) في (هـ): (السير).

(٣) في (ط العلمية): (يسوقنا).

(٤) قوله: (أليق) سقط من (ط العلمية).

(٥) في (هـ): («التهذيب»).

انظر: «المهذب» (١٥/ ٢٩٣)، وفيه يقول أبو إسحاق الشيرازي: «وإن التقطه فقير ففيه وجهان، أحدهما: لا يقر في يده، لأنه لا يقدر على القيام بحضانته، وفي ذلك إضرار باللقيط».

قال:

(ولو ازدحمَ اثنانِ قُدِّمَ مَن سَبَق، فإن استويا قُدِّمَ الغنيُّ (و) على الفقير، والبلديُّ على القَرَويّ، والقَرَويُّ على البَدَويّ، وكلُّ ذلك نظراً للصبيّ. وظاهرُ العدالةِ مُقدَّمٌ على المَستورِ في أحسنِ[1] الوجهين. وإن استويا[2] مِن كلِّ وجه أُقرِعَ بينَهما، وسُلِّمِ إلى مَن خرجَت قُرعتُه).

إذا ازدحم اثنان على لقيط، نُظر: إن ازدحما عليه قبل الأخذ، وقال كلّ واحد منهما: «أنا آخُذُه وأحضُنُه»، جعله الحاكم في يد من يرى[3] منهما، أو من غيرهما؛ لأنه لا حقّ لهما قبل الأخذ[4]. وإن ازدحما بعد الأخذ؛ فإن لم يكن أحدهما أهلًا للالتقاط، منع وسُلّم اللقيط إلى الآخر، وذلك بأن يكون أحدهما عدلاً والآخر فاسقاً.

فإن كان كل واحد منهما أهلاً، نظر: إن سبق أحدهما إلى الالتقاط، مُنع الآخر من مزاحمته. وهل يثبت السَّبقُ بالوقوف على رأسه من غير أخذ؟ فيه وجهان عن الشيخ أبي محمد، أظهرهما: المنع. وإن لم يسبق واحدٌ منهما، فقد يختصُّ أحدهما بصفة تقدِّمه وقد يستويان، والصفات المُقدِّمة أربع: أحدها: الغِنَى، فإن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً، فوجهان:

أحدهما: أنهما يستويان؛ لأن الفقير أهلٌ كالغني.

وأظهرهما ـ وبه قال أبو إسحاق[5]، وهو المذكور في الكتاب ـ: أنّ الغنيَّ أولى؛

---

(١) في (ط العلمية): (أقيس).

(٢) في (ط العلمية): (تساويا).

(٣) (يرى): في (ز)، وفي غيرها: (رآه).

(٤) «ولا مزية لهما على غيرهما» «المهذب» (١٥/ ٢٩٥).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٢).

لأنه ربما يُواسيه بماله. ولأن الفقير قد يشتغل بطلب القوت عن الحضانة. وعلى هذا، فلو تفاوتا[١] في الغِنى، حكى الإمام[٢] وجهين في أنه هل نُقَدِّم أكثرهما مالًا؟

الثانية: أن يكون أحدهما بلدياً والآخر قروياً أو بدوياً[٣]، أو أحدهما بلدياً أو قروياً، والآخر بدوياً[٤]. والقول فيمن يقدّم منهم، مبنيّ على انفرادِهِم بالالتقاط. ويلتفت[٥] بهما نقل اللقيط من موضع الالتقاط. والرأي[٦]: أن نذكرها مجموعة في[٧] الفصل الثالث[٨] من هذا الفصل، حيث تكلم في[٩] نقله.

الثالثة: من ظهرت عدالته بالاختبار في[١٠] تقدمه على المستور، وجهان:

أحسنهما[١١] ـ وبه قطع الشّيخ أبو محمّد ـ: أنه يتقدم؛ احتياطاً للصبي.

والثاني: أنهما سواءٌ؛ لأنّ المستور لا يُسلِّم مزية للآخر، ويقول: «لا أترك حقي بأن لم[١٢] تعرفوا حالي».

---

(١) في (هـ): (تقاربا).

(٢) في (ز): (الإمام فيه). «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥١٤-٥١٥).

(٣) قال الشافعي: «وإن كان قروياً وبدوياً، دفع إلى القروي، لأن القرية خير له من البادية». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) من قوله: (أو بدوياً) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (ويلتحق).

(٦) في (ط العلمية): (والثاني).

(٧) في (ط العلمية): (من).

(٨) قوله: (الثالث) سقط من (هـ).

(٩) في (ط العلمية): (من).

(١٠) في (ط العلمية): (بالأخبار من)، وفي (هـ): (في الاختبار).

(١١) في (ط العلمية): (أحدهما).

وقال النووي: «يقدم على المستور على الأصح». «روضة الطالبين» (٥/ ٤٢٠).

(١٢) قوله: (لم) سقط من (هـ).

الرابعة: الحر أولى من المكاتب وإن كان التقاطه بإذن السيد؛ لأنه ناقص في[1] نفسه وليست يده يد السيد. وأما إذا كان أحدهما عبداً التقط بإذن السيد، فالنّظر إلى السيد والآخر. ولا تُقدم المرأة على الرجل، بخلاف الأم تتقدم على الأب في الحضانة؛ لأن المرعي هناك شفقة الأمومة في الحضانة. وكذا لا يتقدم المسلم على الذِّمِّيِّ في اللقيط المحكوم بكفره[2]. وفي «أمالي أبي الفرج الزاز»: الميل إلى[3] تقديم المُسْلِم؛ ليُعلِّمه دينه. وفي «بعض الشروح»: تقديم الكافر؛ لأنه على دينه[4].

واعلم أن صاحب الكتاب اعتبر في «الوسيط»[5] صفات الترجيح أولًا، ثم قال: «فإن تساويا في الصفات، قُدِّم السّابق إلى الأخذ». فهاهنا اعتبر السّبق أولاً، ثم إن تساويا فحينئذٍ يُنظر إلى الصّفات المرجحة. والصواب الموافق لنقل الأصحاب: ما ذكره هاهنا.

هذا إذا اختلف حال[6] المزدحمين. أمّا إذا تساويا وتشاحّا، قال الشّافعيُّ رضي الله عنه: يُقرع بينهما[7].

ووجهه الأصحاب بأنه: إما أن يخرج عن[8] أيديهما، وفيه إبطال حقهما الثابت

---

(١) في (ط العلمية): (من).

(٢) قوله: (بكفره) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (الميل إلى) سقط من (ز)، وفي (هـ): (أن).

(٤) وقال البغوي: «هما سواء». «التهذيب» (٤/ ٥٧٢).

(٥) «الوسيط» (٤/ ٣٠٥).

(٦) قوله: (حال) سقط من (هـ)، وفي (ط العلمية): (في حال).

(٧) قال الشافعي: «ولو وجده رجلان فتشاحاه، أقرعت بينهما، فمن خرج سهمه دفعته إليه وإن كان الآخر خيراً له، إذا لم يكن مقصراً عما فيه مصلحته». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٨) في (ط العلمية): (من).

بالالتقاط[١]. أو يُترك في أيديهما: إمّا جميعاً، والاجتماع على الحضانة شاقٌّ أو متعذر. وإما بالمهايأة، وفيه إضرار باللقيط؛ لما في تبدل الأيدي من قطع الإلف واختلاف الأغذية والأخلاق. أو يخص أحدهما بلا قرعة، ولا سبيل إليه؛ لتساويهما، فوجب المصير إلى القُرعة، كالزوج يسافر بإحدى زوجاته فإنه يُقرع.

وقال أبو علي ابن خيران[٢]: هاهنا طريق الترجيح، وهو أن يجتهد القاضي[٣]، فمن رآه خيراً للقيط أقره[٤] في يده.

لكن إذا تحير القاضي، أو استويا في اجتهاده، فلا سبيل إلى التوقف، ولا بد من مرجوع إليه.

ونسب صاحب الكتاب هذا الوجه في «الوسيط»[٥] إلى ابن أبي هريرة، والمذكور في «المهذّب»[٦] وغيره[٧]: حكايته عن ابن خيران. والله أعلم.

قال الأئمة: ولا يخيّر الصبي بينهما وإن كان له سبع سنين أو أكثر، بخلاف تخيير الصبي بين الأبوين عند بلوغه سن التمييز؛ لأنه يعول هناك على الميل الناشئ من الولادة، وهذا المعنى معدوم[٨] في اللقيط[٩]. وأبدى الإمام[١٠] في «النهاية»[١١]، احتمالًا

---

(١) في (ز): (بالالتقاط)، وفي (ي)، (هـ)، (ط العلمية): (في الالتقاط).

(٢) قوله: (ابن خيران) سقط من (ط العلمية).

(٣) في (ز)، (هـ): (الحاكم).

(٤) في (ط العلمية): (أمره).

(٥) «الوسيط» (٤/ ٣٠٥).

(٦) «المهذب» (١٥/ ٢٩٥).

(٧) وكذا في «الحاوي» (٩/ ٤٧٦).

(٨) في (ي): (مفقود).

(٩) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٢).

(١٠) قوله: (الإمام) سقط من (ي)، (ز).

(١١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥١٨-٥١٩).

فيه. وقال: يجوز أن يقال يخيّر، ويجعل اختياره أولى من القُرعة.

ثم إنه صور ذلك فيما إذا التقطه اثنان، ولم يتفق فصل الأمر بين المزدحمين حتى بلغ اللقيط سن التمييز، وهذا لائق به، حيث تردد في أنّ المميز هل يُلتقط[١]؟ لكن تصوير التوقف إلى أن تطول المدة وينتهي غير[٢] المميز إلى حدّ التمييز كالمستبعد.

وظاهر ما أجراه الأصحاب: الفرض فيمن التقط وهو مميز.

وإذا خرجت القُرعة لأحدهما فترك حقه إلى الآخر[٣]، لم يجز[٤]، كما ليس للمنفرد نقلُ حقه وتسليم اللقيط إلى غيره[٥].

ولو قال قبل القُرعة: «تركت حقي»، ففي انفراد الآخر به وجهان:

أصحهما: الانفراد[٦]؛ لأن الحق لهما، فإذا أسقط أحدهما حقه استقل[٧] الآخر، كالشفيعين.

والثاني: المنع، كما لو ترك حقه بعد خروج القرعة، بل[٨] يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الذي لم يترك حقه.

---

(١) في (ط العلمية): (هل يلتقط غير المميز).

(٢) قوله: (غير) سقط من (هـ).

(٣) في (ز)، (هـ): (للآخر).

(٤) في (هـ): (لم يجبر).

(٥) في (هـ): (لآخر).

(٦) قال البغوي وأبو إسحاق الشيرازي: «وهو المذهب» «التهذيب» (٤/ ٥٧٢)، «المهذب» (١٥/ ٢٩٦).

(٧) في (ي)، (ط العلمية): (ينتقل إلى).

(٨) في (هـ): (لكن).

وذكر الإمام[١] تفريعاً على الوجه الثاني: أنّ التارك لا يتركه الحاكم[٢]، بل يقرع بينه وبين صاحبه، فإن خرج[٣] عليه ألزمه القيام بحضانته؛ بناءً على أن المنفرد إذا شرع[٤] في الالتقاط لا يجوز له الترك. وسيأتي إن شاء الله تعالى.

قال:

(ثم مَن التقطَ يلزمُه الحضانة، ولا يلزمُه النفقةُ مِن مالِه. فإن عجَزَ سلَّمَه إلى القاضي، فإن تَبَرَّمَ[٥] مع القُدرةِ لم يُسلَّمْ إلى القاضي على أحدِ الوجهين؛ لأنه شرَعَ في فَرْضِ كِفايةٍ فيلزمُه[٦]).

الكلام من هذا الموضع إلى آخر الباب في أحكام الالتقاط:

فمنها: أنّ الذي يلزم الملتقط: حفظ اللقيط ورعايته[٧]، فأما النفقة فهي غيرُ واجبة عليه، وسنتكلّم في أنه من أين ينفق عليه؟ فإن عجز عن الحفظ لأمر عرض[٨]، سلمه إلى القاضي. وإن تبرم به[٩] مع القدرة، فوجهان؛ بناءً على أن الشروع في فروض

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥١٧-٥١٨).

(٢) قوله: (الحاكم) سقط من (هـ).

(٣) في (ي): (خرجت).

(٤) قوله: (إذا شرع) سقط من (ط العلمية).

(٥) في (ز): (تبرع).

تبرَّم: وبرم بالشيء وأبرمه أي أمله فمل. والبرم السآمة والضجر. انظر: «تاج العروس» فصل الباء، باب الميم (٨/ ١٩٧) (بَرِم)، «المصباح المنير» (١/ ٤٥) (البرمة).

(٦) في (هـ): (فيلزمه القيام).

(٧) قال الغزالي: «أما الحضانة فواجبة» «الوسيط» (٤/ ٣٠٦).

(٨) قوله: (عرض) سقط من (ز)، (هـ).

(٩) في (ز): (تبرع)، وفي (هـ): (يقوم)، وفي (ي): (تبرم منه).

الكفايات هل يلزم الإتمام، وهل يصير الشارع متعيّناً؟ وموضع الكلام فيه كتاب السِّير[١]، والظاهر هاهنا: أنّ له التسليم إلى القاضي. ورأى القاضي ابن كجّ: القطع به، بعد ما حكى الوجهين. ولا شك في أنه يحرُمُ عليه[٢] نبذُه ورده إلى ما كان.

وقوله: (ثم من التقط يلزمه الحضانة)، لفظ (الحضانة)، يُستعمل كثيراً في الباب، وكأن المراد منه الحفظ والتربية، لا الأعمال المفصّلة في الحضانة[٣] والإجارة، فإنّ فيها مشَقّة ومؤنه كبيرة[٤]، فكيف نُلزم من لا تلزمه النفقة. وقد أوضحه صاحب «التهذيب»[٥] فقال: ونفقة اللقيط[٦] وحضانته في ماله إن كان له مال، ووظيفة الملتقط حفظه[٧] وحفظ[٨] ماله. هذا معنى كلامه.

* * *

(١) الأصح: أنه لا يلزم الإتمام، لأن الشروع لا ينبغي أن يغير حكم المشروع فيه، ويستثنى منه صلاة الجنازة، حيث الأرجح وجوب الإتمام، وكذا الجهاد. انظر ما سيرد (١٩/ ٥١١ - ٥١٢).

(٢) قوله: (عليه) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (الحضانة) سقط من (ز)، (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (كثيرة).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٦٨).

(٦) في (هـ): (الصبي).

(٧) من قوله: (في ماله) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) قوله: (وحفظ) سقط من (ز).

قال:

(وعليه حِفظُه في موضعِ التقاطِه؛ فإن نُقِلَ مِن بلدٍ إلى قريةٍ أو باديةٍ لم يجُز؛ لتفاوُتِ المعيشة. وإن نُقِلَ من الباديةِ إلى البلدِ جاز. وإن نُقِلَ مِن بلدٍ إلى بلد، أو مِن قبيلةٍ إلى قبيلةٍ في الباديةِ لم يجُزْ على أحدِ الوجهين؛ لأن ظهورَ نسبِه[1] في موضع[2] التقاطِه أغلب).

المُلتقط: إما حضريّ وإما بدويّ.

أما الحضري[3]: فالبلدي إذا وجد اللقيط في بلدته أقرّ في يده، وليس له أن ينقله إلى البادية. ولو[4] أراد الانتقال إليها، يُنتزع[5] منه؛ لمعنيين[6]:

أحدهما: أن عيش أهل البوادي خشن[7]، والغالب قصورهم عن معرفة علوم الأديان والصّناعات التي يكتسب بها[8]، ففي النقل إضرار باللقيط[9]. وهذا هو المذكور في الكتاب.

---

(١) في (هـ): (انتسابه).

(٢) في (ط العلمية): (محل).

(٣) قوله: (أما الحضري) سقط من (ط العلمية).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (لو).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (بل ينتزع).

(٦) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧١).

(٧) في (ط العلمية): (أخشن).

(٨) في (ي): (منها)، وفي (ط العلمية): (تكتسب منها).

(٩) قال أبو إسحاق الشيرازي: «لأنه ينقله من العين في الرخاء إلى العين في الشقاء، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء». «المهذب» (١٥/ ٢٩٢).

والثاني: أن ظهور نسبه بموضع التقاطه أغلب؛ لأن من ضيّعه يطلبُهُ حيث ضيّعه.

ولو كان الموضع المنقول إليه من البادية قريباً من[١] البلدة بحيث[٢] يسهل تحصيل ما يراد منها: فإن راعينا خشونة المعيشة، لم نمنع. وإن راعينا أمر النسب[٣]: فإن كان أهل البلدة يختلطون بأهل ذلك الموضع، فكذلك. وإلا منع.

وكما أنه ليس له نقله إلى البادية، ليس له نقله إلى القُرى.

ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى، أو التقطه غريبٌ في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته، فوجهان؛ بناء على المعنيين: إن نظرنا إلى تفاوت المعيشة، فالبلاد متقاربة. وإن راعينا أمر النَّسب[٤]، منعناه، وانتزعنا اللقيط من يده. والأول النصُّ، وبه أخذ المعظم. قال في «التتمة»: ولا فرق في ذلك بين سفر النُّقْلةِ والتجارة والزيارة.

والقرويُّ إذا وجد اللّقيط في قريته أو في[٥] قرية أخرى أو في بلدة، تُقاس بما ذكرنا في البلديِّ.

ولو وجد حضريّ اللقيط في البادية، نُظر: إن كان في مهلكةٍ، فلا بد من نقله، وللملتقط أن يتوجّه إلى مقصده، ويذهب به إليه. ومن قال في اللُّقطة: يعرِّفها في أقرب البلدان[٦]، يشبه أن يقول: لا يذهب به إلى مقصده؛ رعاية لأمر النسب. وإن كان في حِلّةٍ[٧] أو قبيلة: فله نقلُهُ إلى البلدة والقرية على المشهور. وعن القاضي الحُسين:

---

(١) قوله: (من) سقط من (ي).

(٢) قوله: (بحيث) زيادة في (ز).

(٣) (النسب): في (ز)، وفي غيرها: (الكسب).

(٤) من قوله: (فإن كان) إلى هنا سقط من (هـ)، وفي (ز) زيادة: (فإن كان أهل البلدة يختلطون).

(٥) قوله: (في) سقط من (ي).

(٦) في (ز): (البلدان إليه)، وفي (هـ): (البلاد إليه).

(٧) الحلة: القوم النازلون، وتُطلق مجازاً على البيوت، تسمية للمحل باسم الحال، وهي مئة بيت فما فوقها. والجمع حِلال وحِلل. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٤٨) (حلل).

أنه على وجهين؛ مبنيين على المعنيين. ولو أقام هناك، أقرّ في يده لا محالة.

وأمّا البدويُّ: إن التقط في بلدة أو قرية وأراد المقام بها، أقرّ في يده. وإن أراد نقله إلى البادية أو إلى قرية أو[1] بلدة أخرى، فعلى ما ذكرنا في الحضريِّ.

وإن وجده في حِلّةٍ أو قبيلة في البادية: فإن كان من أهل حِلّةٍ مقيمين في موضع راتب[2]، أقر في يده؛ لأنّه كبلدة أو قرية. وإن كان ممّن ينتقلون من بقعةٍ إلى بقعة مُنتجعين، فوجهان[3]:

أحدهما: المنع؛ لما فيه من التعب، ولأن في النقل يضيع نسبه.

والثاني: يقرّ؛ لأن أطراف البادية كمحال البلدة. والظاهر أن نسبه من أهل البادية، فيكون احتمال ظهوره إذا كان في البادية أقرب[4].

هذا حكم الحضري والبدوي عند الانفراد بالالتقاط، وقد تبيّن به موضع جواز النقل عن مكان الالتقاط وعدمه. وقد كنّا[5] وعدنا أن نذكر معها الحكم عند الازدحام، فنقول:

إذا ازدحم على لقيط في البلدة أو في القرية مقيمٌ في ذلك الموضع وظاعنٌ؛ أطلق[6] في «المختصر»[7]: أنّ المقيم أولى وفصَّل الأصحاب فقالوا: إن كان الظاعن

---

(١) قوله: (أو) سقط من (ط العلمية).

(٢) راتب: يقال: رتَبَ الشيء رُتُوباً فهو راتب، أي استقرّ ودام. ورتب فلان رَتْباً، أي أقام بالبلد. «المصباح المنير» (١/ ٢١٨) (رَتَبَ).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧١).

(٤) من قوله: (والظاهر) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) (وقد كنا): في (ز)، وفي غيرها: (وكنا).

(٦) قوله: (أطلق) سقط من (هـ).

(٧) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

يظعن إلى البادية، فالمقيم أولى. وإن كان يظعن[١] إلى بلدٍ آخر: فإن قلنا: ليس للمنفرد الخروج باللقيط إلى بلدٍ آخر، فكذلك الجواب. وإن جوّزنا له ذلك، فهما سواء.

ولو اجتمع على لقيطٍ في القرية قَرويّ مُقيمٌ بها وبلديّ، قال القاضي ابن كج: القرويُّ أولى. وهذا يخرج على منع النقل من بلدٍ إلى بلدٍ. فإن جوّزناه، وجب أن يُقال: هما سواءٌ.

ولو اجتمع حضريّ وبدويّ على لقيط في البادية، نُظر: إن وُجِدَ في حِلّة أو قبيلة، والبدويُّ في موضع راتبٍ، فهما سواء. وقال القاضي[٢] ابن كجّ: البدويّ أولى إن كان مقيماً فيهم؛ رعايةً لنسبه.

وإن كان البدوي من المنتجعين: فإن قلنا: يُقَرُّ في يده لو كان منفرداً، فهما سواء. وإلا فالحضري أولى.

وإن وُجد في مهلكة: ذكر ابن كج أنّ الحضري أولى. وقياس قوله: تقديم البدوي، أو تقديم من كان[٣] مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط منهما. والله أعلم.

وإذا تأمّلتَ ما ذكرناه، عرفتَ أنّ قوله في الكتاب: (وعليه حفظه في موضع التقاطه[٤]) وقوله في فصل الازدحام: (والبلدي على القروي، والقروي على البدوي)، غير مجريين على إطلاقهما، بل الأمر فيهما على التفصيل.

---

(١) قوله: (يظعن) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (القاضي) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) قوله: (كان) سقط من (ي)، (ز).

(٤) في (هـ): (مبهماً).

وقوله: (فإن نُقِلَ من البادية إلى البلد، جاز)، مرقوم بالواو.

وقوله: (أو من قبيلةٍ إلى قبيلة في البادية)، هذه الصورة لا ذكر لها في «الوسيط»، ولم يُطْلِقها في «النهاية»[١]، ولكن قال: للقبائل في البوادي سُنّة في التعارف[٢] والاعتناء[٣] بالأنساب، فمن راعى أمر[٤] النسب فلا إضرار، ومن راعى عُسر[٥] المعيشة فلا تفاوت. هذا إذا تقاربت فلم ينقطع خبرُ بعضها عن بعض.

أمّا إذا نأت المسافات وانقطعت الأخبار، فحينئذٍ يظهر التفاوت في أمر النّسب. وحاصِلُهُ تخصيص الخلاف بما إذا تباعدت.

وأمّا كتب سائر الأصحاب، فليس فيها ذكر الخلاف الذي أورده[٦] في النقل من بلدةٍ إلى بلدةٍ، على تشابه الصّورتين. بل الذي ذكروه: ما مرّ أن البدويَّ المقيم في موضع راتب، يقر في يده اللقيط الذي التقطه من[٧] قبيلة أو حِلّةٍ.

ولم يفرقوا بين أن يكون من أهل القبيلة التي وُجد اللقيط فيها أو من غيرها. وإذا كان من غيرها وأقررناه في يده، فقد جوّزنا النّقل من قبيلةٍ إلى قبيلة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥١٤).

(٢) في (ط العلمية): (التفاوت).

(٣) في (ز)، (هـ): (والاعتبار).

(٤) قوله: (أمر) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (عسر) سقط من (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (أوردوه).

(٧) في (ز): (في).

قال:

(وأمّا نفقةُ اللَّقيط: ففي مالِه، وهو ما وُقِفَ على اللُّقَطاء، أو وُهبَ منهم[١]، أو أُوصَي لهم[٢] ويقبلُه القاضي، أو ما وُجِدَ تحتَ يدِه عندَ التقاطِه؛ بكونه[٣] ملفوفاً عليه أو مشدوداً على ثوبهِ أو موضوعًا عليه.

وما هو مدفونٌ في الأرض تحتَه[٤] فليس هو[٥] له، إلا أن تُوجَدَ معه رُقْعةٌ مكتوبةٌ بأنه له؛ فهو له على أظهر الوجهين. وإن كان بالقُربِ منه مالٌ موضوعٌ أو دابّةٌ مشدودة؛ ففيه وجهان. ولو وُجِدَ اللَّقيطُ في دارٍ[٦] فالدارُ له؛ لأنها[٧] تحتَ يدِه واختصاصِه.

فإن لم يكن له مال: أنفقَ الإمامُ[٨] مِن بيتِ المال، وإن لم يجدْ: وزَّعه على مَن رآه من أغنياءِ المسلمين ثم لا رجوعَ عليه. وقد قيل: له[٩]؛ إن ظهرَ رِقُّه: رجعَ به[١٠] على سيِّدِه وإن ظهرَ حُرّاً موسراً أو كَسوباً: فعليه. وإن ظهرَ فقيراً: قُضيَ له[١١] مِن سَهم الفقراءِ والمساكين من الصدقات).

---

(١) في (هـ): (لهم).

(٢) قوله: (لهم) سقط من (ز)، وفي (هـ): (به).

(٣) كذا في (ز)، وفي غيرها: «يكون». (م ع).

(٤) قوله: (تحته) سقط من (ز)، (هـ).

(٥) قوله: (هو) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (في دار) سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (لأنه).

(٨) في (هـ): (الإمام عليه).

(٩) قوله: (له) سقط من (ز)، (هـ).

(١٠) قوله: (به) سقط من (ز)، (هـ).

(١١) في (ط العلمية): (ذلك).

غَرَضُ الفصل بيان أن اللقيط مم[١] ينفق عليه، ولا يخلو حاله، إما أن يوجد له مال، أو لا يوجد: فإن وُجد، فنفقته في ماله[٢]، وماله ينقسم إلى ما يستحقه لعموم[٣] كونه لقيطاً، وإلى ما يستحقه بخصوصه، أمّا الأول، فكالحاصل من الأوقاف العامّة[٤] على اللقطاء. قال في الكتاب: (هو ما وُقف على اللقطاء، أو وُهب منهم، أو أوصي لهم)، أجرى الهبة والوصية مجرى الوقف في[٥] وقوعهما للقطاء عامّة.

ولم يذكر في «الوسيط»[٦] هذه اللفظة، ولكن قال: «وماله بالوصية للقيط والوقف عليه والهبة منه»، وهذا أوضح؛ لأن الهبة لغير[٧] معيّن، مما تُستبعد. فيجوز تنزيل ما في الكتاب على ما ذكره هناك. ويجوز أن تنزل الجهة العامّة بمنزلة[٨] المسجد، حتى يجوز تملكها[٩] بالهبة، كما يجوز الوقف عليها، وحينئذ يقبله القاضي.

فإن كان كذلك، فالاستحقاق في الصور الثلاث بجهة كونه لقيطاً.

وإن فرض الوقف عليه خاصّة أو الهبة أو الوصية له، فهو مما يستحقه بخصوصه.

وقوله: (ويقبله القاضي)، يعني: ما للقطاء مطلقاً. وربما يوجد بدله: «وقَبِلَهُ القاضي»، يعني[١٠]: ما وُهب أو أوصي، وكلاهما جائز.

---

(١) في (ط العلمية): (ممن).
(٢) قال الشافعي: «ويأمره بالإنفاق منه عليه بالمعروف». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).
(٣) في (ي): (بعموم).
(٤) قوله: (العامة) سقط من (ي)، (ز).
(٥) في (ط العلمية): (من).
(٦) «الوسيط» (٤/ ٣٠٧).
(٧) في (ز): (من غير).
(٨) في (ز)، (هـ): (منزلة).
(٩) في (ي)، (ز): (تمليكها).
(١٠) من قوله: (ما للقطاء) إلى هنا سقط من (ز).

ومما يستحقه بخصوصه[١]: ما يوجد تحت يده واختصاصه[٢]؛ فإن للصغير يداً واختصاصاً كالبالغ، والأصل الحرية[٣] ما لم يعرف غيرها، وذلك[٤] كثيابه الملفوفة عليه والملبوسة والمفروشة تحته، وما غُطِّي به من لحاف أو غيره، وما شُدّ عليه أو على ثوبه، أو جُعِل في جيبه من حُليٍّ أو دراهم وغيرها، وكذا الدّابة التي توجد مشدودة عليه و[٥] التي عنانها بيده، أو هي مشدودة[٦] في وسطه أو ثيابه، والـمهْد الذي هـو[٧] فيه، وكذا الدنانير الـمنثورة فوقه، والمصونة[٨] تحته، وتحت فراشه.

وحكى القاضي ابن كجٍّ وجهين في التي هي[٩] تحته.

وكذا لو كان في خيمةٍ أو دارٍ[١٠] ليس فيها غيره، فهما له.

وعن «الحاوي»[١١]: وجهان في البستان.

ولو كان بقربه ثياب وأمتعةٌ موضوعةٌ أو دابةٌ، فوجهان:

أصحهما: أنها لا تجعل له[١٢]، كما لو كانت بعيدة عنه.

---

(١) قوله: (بخصوصه) سقط من (هـ).

(٢) قال الشافعي: «فإن وُجد على دابته أو على فراشه أو على ثوبه مال، فهو له». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٣) في (ي): (كما للبالغ والأصل الحرمة).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٦٩).

(٥) من قوله: (حلي أو دراهم) إلى هنا سقط من (ي)، وقوله: (التي توجد مشدودة عليه و) سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (هي مشدودتين).

(٧) قوله: (هو) سقط من (هـ).

(٨) في (هـ): (المضبوطة)، وفي (ط العلمية): (المصبوبة).

(٩) قوله: (هي) سقط من (هـ).

(١٠) في (ز): (أو في).

(١١) «الحاوي» (٩/ ٤٧٠).

(١٢) قال الشافعي: «أو كان قريباً منه لقطة». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

والثاني: تُجعل له؛ لأنّ مثل هذا يثبت اليد، والاختصاص في حق البالغ، ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص يُجعل له.

والمال المدفون تحته: لا[١] يُجعل له؛ لأنه لا يقصد بالدّفن الضمَّ إلى الطفل، بخلاف ما يُلَفُّ عليه، ويوضع بالقرب منه.

لكن لو وُجدت معه أو في ثيابه رقعة فيها: «أن تحته دفيناً، وأنه له»، ففيه وجهان حكاهما الإمام[٢]:

أظهرهما ـ عند صاحب الكتاب ـ: أنه له؛ بقرينة الرُّقعة، وقد يتفق في العرف مثله.

والثاني: أنّا نجري على القياس، ولا نبالي بالرقعة. وهذا ما يوافق كلام أكثرهم.

قال الإمام: ومن عوّل على الرقعة، فليت شعري ما يقول فيما إذا أرشدت الرقعة إلى دفين بالبُعد أو دابة مربوطة بالبعد؟

ولو كانت الدابة مشدودة باللقيط وعليها راكب، قال القاضي ابن كج: هي بينهما.

وما سوى الدفين من هذه الأموال، إن لم يجعل للّقيط فهو لُقطةٌ. والدفين قد يكون ركازاً، وقد يكون لقطة، على ما تقدم.

هذا إذا عُرِفَ له مال. فإن لم يُعرف فقولان:

أصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب[٣] ـ: أنه ينفق الإمام عليه من بيت المال

---

(١) قوله: (لا) سقط من (ط العلمية).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٥).

(٣) ونصّ عليه الشافعي حيث قال: «فإن لم يوجد له مال، وجب على الحاكم أن ينفق عليه من مال الله تعالى». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

من سهم المصالح؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه «أنه استشار الصّحابة رضي الله عنهم في نفقة اللقيط»، فقالوا: «من بيت المال»[١]. ولأن البالغ المعسر[٢] يُنفق عليه من بيت المال، فاللقيط العاجز أولى.

والثاني: أنه لا تكون في بيت المال؛ لأن مال بيت المال يُصرف إلى ما لا وجه له سواه.

واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً فنفقته على سيّده، أو حراً له مال أو قريبٌ فنفقته في ماله أو على قريبه. فعلى هذا، يستقرض الإمام لنفقته من بيت المال أو من واحدٍ من الناس.

فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ[٣]، ولم يُقرضه أحدٌ من الناس، جمع الإمام أهل الثروة من البلد، وقسَّطَ عليهم نفقته، ويجعل نفسه منهم[٤].

ثم إن بان رقيقاً رجعوا على سيده، وإن بان[٥] حرّاً وله مال أو قريبٌ فالرجوع عليه[٦]، وإن بان حرّاً ولا قريب له ولا مال ولا كسب، قضى الإمام حقّهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين، كما يراه.

---

(١) قال ابن حجر: «لم نقف له على أصل، وإنما يُعرف ما تقدم من قصة أبي جميلة، أن عمر قال: «وعلينا نفقته من بيت المال»، لكن لم يُنقل أن أحداً من الصحابة أنكر عليه». «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٨).

(٢) في (ط العلمية): (المعتبر).

(٣) قوله: (شيء) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (منهم) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (كان).

(٦) من قوله: (وإن بان) إلى هنا سقط من (هـ).

وإن قلنا بالأول الأصح: فلو لم يكن في بيت المال مال، أو كان هناك ما هو أهم كسدِّ ثغرٍ يعظم ضرره لو تُرك، قام المسلمون بكفايته، ولم يَجُزْ لهم تضييعه[١].

ثم طريقه، طريق النّفقة أو طريق القرض؟ فيه قولان:

أحدهما: طريق[٢] النّفقة؛ لأنه محتاج عاجزٌ، فأشبه المجنون والفقير والزّمن. فعلى هذا، إذا قام به بعضهم، حصل الغرض واندفع الحرج عن الباقين. وإن امتنعوا، أثِمَ جميعهم، وطالبهم الإمام، فإن أصرّوا قاتلهم. وعند التعذُّر يستقرض على بيت المال، وينفق عليه.

والثاني: أنّ طريقه طريق القرض حتى يثبت الرجوع، كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض؛ وهذا لأنه يجوز أن يكون رقيقاً، أو يكون له مال أو قريب[٣]، كما تقدّم. فعلى هذا، إن تيسّر الاستقراض فذاك، وإلا قسّط الإمام نفقته على الموسرين من أهل البلد. ثم إن ظهر عبداً فالرُّجوع على سيّده، وإن ظهر له مالٌ أو اكتسبه فالرجوع عليه، وإن لم يكن شيءٌ قضى من سهم المساكين أو الغارمين.

وإن حصل في بيت المال مالٌ قبل بلوغه ويساره، قضى منه؛ لأنّا نفرِّع على أنه إذا كان في بيت المال مالٌ فنفقته منه. وإن حصل في بيت المال أو حصل للقيط مال[٤] دفعة واحدة، قضى من مال اللقيط[٥]، كما إذا كان له مال وفي بيت المال مال، تكون نفقته في ماله.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧٤ – ٤٧٥).

(٢) قوله: (طريق) سقط من (هـ).

(٣) من قوله: (أو قريب) سقط من (هـ).

(٤) في (ز): (وإن حصل في بيت المال وللقيط مال).

(٥) في (هـ): (الملتقط).

ولـم يتعرّض الأصحاب لطرد الخلاف في أنه إنفاق أو إقراض إذا كان في بيت المال مال[١]، وقلنا إنّ نفقته منه؟ والقياس طرده.

وما الأظهر من هذا الخلاف؟ إيراد الكتاب يُشعر بترجيح الأول، فإنه قال: (لا رجوع عليه. وقد قيل: إنه[٢] إن ظهر رِقُّه)، إلى آخره، ويُحكى أنه اختيار القاضي الحُسين.

وقضية سياق أصحابنا العراقيين وغيرهم: أن الثاني أظهر[٣].

وحيث قلنا: إن الإمام يُقسّط النفقة على الأغنياء، فذاك عند إمكان الاستيعاب. فأما إذا كثروا وتعذّر التوزيع عليهم، قال الإمام[٤]: يضربها السُّلطان على من يراه منهم، يجتهد فيه، فإن استووا في نظره تخيّر. وإلى هذا الكلام أشار صاحب الكتاب[٥] بقوله: (وزّعَه على من رآه[٦] من أغنياءِ المسلمين).

ثم المراد: أغنياء تلك البلدة أو القرية.

قال:

(ثم مهما كان للَّقيطِ مالٌ لم يجُزْ للمُلتقِطِ إنفاقُه إلا بإذنِ القاضي. وإن لم يكن قاضٍ فليُشهِدْ عليه فإن أنفقَ دونَ إشهادٍ ضَمِن. وهل يستقلُّ بحفظِ مالِه دونَ إذنِ القاضي؟ فيه خلاف).

---

(١) من قوله: (تكون نفقته) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) قوله: (إنه) سقط من (ز)، (هـ).

(٣) وقطع به الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٩-٥١٠).

(٥) قوله: (صاحب الكتاب) سقط من (ز).

(٦) في (ي)، (ز)، (هـ): (يراه).

إذا كان للقيط مال، فهل يستقل الملتقط بحفظه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يحتاج فيه[١] إلى إذن القاضي؛ لأن إثبات اليد على المال يفتقر إلى[٢] ولاية عامّة أو خاصّة، ولا ولاية للملتقط.

وأرجحهما[٣] ـ على ما يقتضيه إيراد «التهذيب»[٤] ـ: الاستقلال؛ لأنه مستقل بحفظ المالك، بل هو أولى به[٥] من القاضي، فكان أولى بحفظ ماله. ولقوّة يده حكى القاضي ابن كج وغيره وجهين في[٦] مخاصمته، إذا ظهر للمال المخصوص باللقيط مُنازِع. والأصح أنه لا يُخاصم.

وسواءٌ قلنا له[٧]: إنه يستقل[٨] بالحفظ أو لا[٩]، فليس له إنفاقه على اللقيط إلا بإذن القاضي إذا أمكن مراجعته. ولو أنفق، صار ضامناً ولم يكن له الرجوع على اللقيط، كمن في يده وديعةٌ ليتيم فأنفقها عليه. هذا هو المشهور[١٠].

وفي «كتاب القاضي ابن كج» وجهٌ غريبٌ: أنه لا يصير ضامناً.

---

(١) قوله: (فيه) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (يفتقر إلى) سقط من (ز).

(٣) في (هـ): (وأصحهما).

(٤) في (هـ): (المذهب). «التهذيب» (٤/ ٥٦٨).

(٥) قوله: (به) سقط من (ز).

(٦) في (ط العلمية): (من).

(٧) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٨) في (ز)، (هـ): (الاستقلال).

(٩) في (ي)، (ز): (أو منعناه).

(١٠) وقطع به الماوردي. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧٣).

وإذا رفع الأمر إلى الحاكم، فليأخذ[١] المال منه، وليسلمه[٢] إلى أمين؛ لينفق منه على اللقيط بالمعروف، أو يصرفه إلى الملتقط يوماً بيوم. ثم إن خالف الأمين وقتّر عليه، مُنع منه. وإن أسرف، ضمن كلُّ واحد من الأمين والملتقط الزيادة. والقرار على الملتقط إذا كان قد سلّمه إليه؛ لحصول الهلاك في يده.

وهل يجوز أن يترك المال في[٣] يده، ويأذن له في الإنفاق منه[٤]؟

تُقدَّم عليه مسألةٌ: وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال، واحتيج إلى الاستقراض له[٥]، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الإنفاق عليه من مال نفسه ليرجع؟ والنصّ: أنه يجوز[٦]. ونصَّ في الضالّة: أنه لا يأذن لواجدها في[٧] الإنفاق عليها من مال نفسه ليَرجع على صاحبها، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه[٨] كلّ يوم بقدر الحاجة[٩].

---

(١) في (ط العلمية): (قلنا: خذ).

(٢) في (هـ)، (ط العلمية): (وليسلم).

(٣) في (ط العلمية): (من).

(٤) قال الماوردي: «الأصح: أنه يأذن له في النفقة عليه إن كان أميناً». «الحاوي» (٩/ ٤٧٣).

(٥) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٦) قال في «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦): «ولو أمره الحاكم أن يستلف ما أنفق عليه، يكون عليه ديناً، فما ادعى قُبل منه إذا كان مثله قصداً». انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٠).

(٧) في (ط العلمية): (من).

(٨) قوله: (إليه) سقط من (هـ).

(٩) قال الشافعي: «ومن أخذ ضالة فأنفق عليها فهو متطوع بالنفقة، لا يرجع على صاحبها بشيء، وإن أراد أن يرجع على صاحبها بما أنفق فليذهب إلى الحاكم حتى يفرض لها نفقة ويوكل غيره بأن يقبض لها تلك النفقة منه وينفق عليها، ولا يكون للسلطان أن يأذن له أن ينفق عليها إلا اليوم واليومين وما أشبه ذلك، مما لا يقع من ثمنها موقعاً، فإذا جاوز ذلك أمر ببيعها». «الأم» (٤/ ٧١).

فتحزَّب الأصحاب فيهما، قال أكثرهم: المسألة على قولين:

أحدهما: المنع في الصورتين، وبه قال المزني[١]، وإلا كان قابضاً للغير من مال[٢] نفسه، ومقبضاً.

وأشبههما ـ عند الشيخ أبي حامد ـ: الجواز؛ لما في الأخذ والرد شيئاً فشيئاً من العُسر والمشقة.

ولا يبعد أن يجوز للحاجة تولِّي الطرفين، ويلحق الأمين بالأب[٣] في ذلك. ومثل هذا الخلاف قد سبق فيما إذا أنفق المالك عند هرب العامل في[٤] المساقاة، والمكتري[٥] عند هرب الجمال. وأجراه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قَيِّم الطفل عليه من مال نفسه.

وأخذ حزبٌ بظاهر النصّين، وفرقوا بأن اللقيط لا وليّ[٦] له ظاهراً، فجاز أن يجعل القاضي المُلتقط ولياً، وصاحب اللقطة قد يكون رشيداً لا يولّى عليه.

جئنا[٧] إلى إذن الملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله، فالأكثرون قد طردوا الطريقين[٨] في جوازه.

---

(١) قال المزني: «لا يجوز قول أحد فيما يتملكه على أحد، لأنه دعوى وليس كالأمين يقول فيبرأ». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٦).

(٢) قوله: (مال) سقط من (ي).

(٣) في (ط العلمية): (الأب).

(٤) في (ط العلمية): (من).

(٥) في (هـ)، (ط العلمية): (المكري).

(٦) في (هـ): (كافل).

(٧) في (ي): (رجعنا).

(٨) في (ز): (قال الأكثرون: نطرد الطريقتين).

والأحسن ما أشار إليه ابن الصّبّاغ، وهو القطع بالجواز؛ لأن ما ذكرناه من اتحاد القابض والمُقبض لا يتحقق هاهنا، بل هو كقَيِّم اليتيم، يأذن له القاضي في الإنفاق عليه من ماله.

وليعد المصير إلى المنع؛ لما حكاه الإمام[١] وجهاً عن العراقيين، قال: لا آمن أن يكون غلطة من ناسخ. لكن[٢] الأمر أعظم من أن يُحتمل ذلك، فالطرق على اختلافها مشحونة بالطريقين.

وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما استقرضه القاضي على الجمال الهارب إلى[٣] المكتري، ولا ذكر له هناك.

وإذا جوّزنا أن يأذن له في الإنفاق فأذن له، ثم بلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق، فالقول قول الملتقط إذا كان ما يدعيه[٤] قصداً لائقاً بالحال[٥].

وقد مرّ في هرب الجمال حكاية وجه آخر، تفريعاً على هذا الوجه[٦]: أن القول قول الجمال[٧]، والقياس اطراده هاهنا.

وإن ادعى ما يزيد على المعروف، فهو مُقِرٌّ على نفسه بالتفريط فيضمن، ولا معنى للتحليف. قال الإمام[٨]: لكن لو وقع النِّزاع في عين مال، فزعم الملتقط «أنه

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٨).

(٢) في (ط العلمية): (لأن).

(٣) في (ي): (على).

(٤) قوله: (إذا كان ما يدعيه) سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (به الحال).

(٦) في (ي)، (ز)، (هـ): (القول).

(٧) هذا الوجه عن صاحب «التقريب»، وهو أن القول قول الجمال، لأن الأصل براءة ذمته.

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥١٠).

أنفقها»، فيصدَّق؛ ليقطع[1] المطالبة بالعين، ثم يضمن كالغاصب إذا ادّعى التلف.

هذا إذا أمكن مراجعة القاضي. أمّا إذا لم يكن في الموضع قاضٍ، فينفق من مال اللقيط عليه بنفسه، أو يدفعه إلى أمين لينفق عليه؟ روى صاحب «التهذيب»[2] وغيره فيه قولين، أصحهما الأول.

وحينئذ ينظر: إن أشهد عليه، لم يضمن؛ لأنه موضع ضرورة. وفيه وجه.

وإن لم يُشهد، ضمن. وفيه وجهٌ، إما مُطلقاً أو عند تعذر الإشهاد.

وكل ذلك كالخلاف[3] في الرجوع إذا هرب عامل المساقاة أو الجمّال، وقد ترتّب ما نحن فيه عليهما.

ويقال: هذا أولى بالجواز؛ لأن للملتقط نوع ولاية على اللقيط[4]، فجاز أن يتصرف في ماله عند العجز عن القاضي. ولأن غرضه هاهنا أن يصدق فلا يضمن، وهناك يلزم غيره بالرجوع شيئاً[5]، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

---

(١) في (ز)، (هـ): (لتنقطع).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٦٩).

(٣) قوله: (كالخلاف) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (على اللقيط) سقط من (ز).

(٥) قوله: (شيئاً) سقط من (ط العلمية).

قال حجة الإسلام رحمه الله:

(الباب الثاني: في أحكام اللَّقيط

وهي أربعة:

الأوَّل: إسلامُه، والإسلامُ يحصلُ استقلالاً بمُباشَرةِ البالغ، ولا يحصلُ بمُباشَرةِ الصبيّ، وإن كان مُميِّزاً (ح م) على المذهب الظاهر. نعم، إذا وصفَ[١] الإسلامَ حِيلَ بينَه وبيَن أبويه خِيفةَ الاستدراجِ. وقيل: إنّ ذلك استحباب، إن فرَّعْناه على المذهبِ في بُطلانِ إسلامِه. أما الصبيُّ الذي لا يُميِّزُ والمجنونُ فلا يُتصَوَّرُ إسلامُهما إلا تابعاً[٢]).

من أحكام اللقيط: إسلامه وكُفره. واعلم أنّ إسلام الشّخص، قد يثبت بنفسه استقلالاً، وقد يثبت بغيره تبعاً.

أما القسم الأول: فذلك في حق البالغ العاقل[٣]، فيصح منه مباشرة الإسلام بالعبارة إن كان ناطقاً، وبالإشارة إن كان أخرس.

وأما الصبي المميز، فلا يصحُّ إسلامُهُ على ظاهر المذهب؛ لأنه غير مكلّف[٤]، فأشبه غير المميّز والمجنون[٥]. وفيه[٦] وجهان آخران:

---

(١) في (هـ): (حصل).

(٢) في (ز): (تبعاً).

(٣) قوله: (العاقل) سقط من (ز)، (ظ).

(٤) «ولأن عقود المعاملات أخف حالًا من شروط الاسلام، فلما امتنع قبل البلوغ أن تصح منه العقود، فأولى أن يمنع منه شروط الإسلام». «الحاوي» (٩/ ٤٨٥).

(٥) قوله: (والمجنون) سقط من (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (فيه).

أحدهما ـ ويحكى عن ابن أبي هريرة ـ: أنا نتوقّف، فإن بلغ واستمر[١] على كلمة الإسلام[٢]، تبيّنا كونه مسلماً من يومئذ. وإن وصف الكفر، تبيّنا أنه كان لغواً. وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً[٣] لا باطناً. ومعناه: أنا نُخرجه من أيدي[٤] الكفار ونلحقه بزمرة المسلمين في الظاهر، ولا ندري استمرار هذا الإلحاق وعدمه[٥].

والثاني: أنّه يصحُّ إسلامه، حتى يُفرَّق بينه وبين زوجته الكافرة، ويورث[٦] من قريبه المسلم؛ لما روي «أنّ علياً رضي الله عنه دعاه رسول الله ﷺ إلى الإسلام قبل بلوغه، فأجابه»[٧]. ويحكى هذا[٨] عن الإصطخري، وبه قال أبو حنيفة[٩] وأحمد[١٠].

وعن مالك[١١]: اختلاف رواية.

---

(١) في (هـ): (واستقر).

(٢) قوله: (الإسلام) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (ظاهراً) سقط من (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (زمرة).

(٥) في (ي)، (ظ): (وتحققه).

(٦) في (ط العلمية): (ويرث).

(٧) أخرجه ابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٣/ ٢١) بلفظ: «أن علي بن أبي طالب حين دعاه النبي ﷺ كان ابن تسع سنين»، وله روايات أخرى بطرق متعددة.
قال ابن حجر: واحتجّ البيهقي على صحة إسلام الصبي بحديث أنس: «كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ ...» الحديث وفيه: «أنه مرض، فعرض عليه الإسلام، فأسلم». «التلخيص الحبير» (٣/ ٧٨). وهذا الحديث أخرجه البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يُصلى عليه، وهل يُعرض على الصبي الإسلام (٣/ ٢١٩) (١٣٥٦).

(٨) في (ط العلمية): (هذا الطريق).

(٩) «المبسوط» (١٠/ ١٢٠)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٣٤)، «الاختيار» (٤/ ١٤٨). وهذا لأن الإسلام يتعلق به كمال العقل دون البلوغ، والعقل يوجد من الصغير كما يوجد من الكبير.

(١٠) «المحرر» (١/ ٣٧٣)، «الإنصاف» (١٠/ ٣٢٩).

(١١) «التاج والإكليل» (٦/ ٢٨٤)، «المدونة الكبرى» (٢/ ٢١٧).

وعلى هذا، فلو ارتَدَّ صحّت رِدّته أيضاً[١]، ولكن لا يُقتل حتى يبلغ، فإن تاب، وإلا قُتل.

وإذا قلنا بظاهر المذهب، فقد نصّ الشّافعيُّ رضي الله عنه أنه يُحالُ بينه وبين أبويه وأهله الكفار؛ خيفة من[٢] أن يستدرجوه، وطمعاً في أن يثبت بعد البلوغ على ما وصفه.

فإن وصف الكفر بعد البلوغ، هُدِّد وطُولِبَ بالإسلام[٣].

فإن أصرَّ، رُدّ إليهم[٤]، وفي هذه الحيلولة وجهان مرويّان في «النهاية»[٥]:

أحدهما ـ وإيراد الكتاب يقتضي ترجيحه ـ: أنها محتومة؛ احتياطاً لأمر الإسلام.

وأشبههما ـ وهو المذكور في «التتمة»[٦] ـ: أنها مستحبّة، فيستعطف بوالديه ليؤخذ منهما. فإن أبيا، فلا حيلولة.

هذا في أحكام الدنيا. وأمّا فيما يتعلق بالآخرة: فعن الشّيخ أبي محمد، أنّ الأستاذ أبا إسحاق قال: إذا أضمر الإسلام كما أظهره[٧]، كان من الفائزين بالجنّة، وإن لم يتعلّق بإسلامه أحكام الدنيا. ويعبر عن هذا، بأنّ إسلامه صحيح باطناً لا

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٥).

(٢) قوله: (من) زيادة في (ز)، (هـ).

(٣) قال الشافعي: «فإذا بلغ فامتنع من الإسلام لم يكن مرتداً نقتله، وأحبسه وأخيفه رجاء رجوعه». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) في (هـ): (فإن اضطر رد عليهم).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٠).

(٦) قوله: (في التتمة) سقط من (هـ).

(٧) في (هـ): (أضمره).

ظاهراً. قال الإمام[١]: وفي هذا إشكال؛ لأن من يحكم له بالفوز لإسلامه، كيف لا يحكم بإسلامه؟

وقد يُجاب عنه: بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة، وإن لم يُحكم بأحكام الإسلام في الدنيا، كمن لم تبلغه الدعوة.

وغير المميز والمجنون: لا يصحُّ إسلامهما مباشرة بالاتفاق، ولا يحكم بإسلامهما إلا على جهة[٢] التبعيّة[٣].

❊ ❊ ❊

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢١).

(٢) في (ي)، (ز): (بجهة).

(٣) من قوله: (وغير المميز) إلى هنا سقط من (ظ).

قال:

(وللتبعية ثلاثُ جهات:

الأولى: إسلامُ أحدِ[١] الأبوين:

فكلُّ مَن[٢] انفصلَ مِن مسلم أو مسلمةٍ (م) فهو مسلم. وإن طرأَ إسلامُ أحدِ الأبوين حُكِمَ بالإسلام في الحال. وكذا إذا أسلمَ أحدُ الأجدادِ أو الجَدّاتِ إذا لم يكن الأقربُ حَياً. فإن كان حَيّاً ففي تبعيّتِه[٣] تردُّد (و).

ثم إذا بلغَ وأعربَ عن نفسِه بالكُفرِ فهو مُرتَدٌّ على أصحِّ القولين، وما سبقَ مِن التصرُّفات لا يُنقَض. ولو قُتِلَ قبلَ[٤] البلوغ لم يسقطِ القِصاص لشُبهةِ الكُفرِ. وإن قُتِلَ بعد[٥] البلوغ وقبلَ الإعرابِ وجبَت الدِّية، وفي القصاصِ خلاف؛ لأجل الشُّبهة).

إحدى جهات التبعيّة في الإسلام: إسلام الأبوين أو أحدهما، وذلك يفرض من وجهين[٦]:

أحدهما: أن يكون الأبوان أو أحدهما مُسلماً يوم العُلوق، فيحكم بإسلام الولد؛ لأنه جزء من مسلم. وإن بلغ وأعرب عن نفسه بالكفر، فهو مرتد.

---

(١) قوله: (أحد) سقط من (ظ).

(٢) في (ظ): (وكلما).

(٣) في (ز)، (هـ): (التبعية).

(٤) قوله: (قبل) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (بعد) سقط من (هـ)، وفي (ظ): (قبل).

(٦) في (ي): (عن)، وفي (هـ): (جهتين).

والثاني: أن يكونا كافرين يوم العلوق، ثم يُسلما أو أحدهُما، فيحكم بإسلام الولد في الحال[1]، حتّى يتعلّق القصاص والدية بقتله، ويورث من قريبه المسلم، ويُحرم من[2] ميراث قريبه الكافر، ويجوز إعتاقه عن الظِّهار[3] لو كان رقيقاً.

وهذا لا تردُّد فيه، إذا قُلنا: إنّ إسلام الصّبيِّ لا يصح. أمّا إذا صحّحناه، قال الإمام[4]: تردد أصحاب أبي حنيفة[5] في تبعيته لمن أسلم من أبويه، وهو موضع التردُّد؛ لأن الجمع بين إمكان الاستقلال وبين إثبات التبعية بعيد.

وقال مالك[6] رضي الله عنه: لا يتبع الأم إذا[7] أسلمت إلا أن يكون جنيناً في بطنها.

لنا: القياس على هذه الحالة، وعلى ما إذا كانت مسلمة يوم[8] العلوق.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٣).

(٢) قوله: (من) زيادة في (ز)، (هـ)، (ظ).

(٣) في (هـ): (في)، وفي (ظ): (على)، وفي (ز): (عن الكفارة).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٣).

(٥) عند الحنفية: أن الصبي يتبع خير الأبوين ديناً. انظر: «المبسوط» (١٠/ ٦٢ - ٦٣)، «شرح السير الكبير» (٥/ ٢٢٦٨).

(٦) «الشرح الكبير» (٤/ ٣٠٨)، «التاج والإكليل» (٦/ ٢٨٤).
وعندهم: الولد تابع لأبيه في الدين والنسب، ولأمه في الحرية والرق.
وما ذكره المصنف عن مالك، يتعارض مع ما في «المدونة» (٢/ ٢١٦)، حيث فيها: أن مالكاً قال في نصرانية أسلمت دون زوجها النصراني ولها أولاد صغار: أنهم «على دين أبيهم، ويتركون مع الأم ما داموا صغاراً تحضنهم» «وكذلك المرأة إن كانت حاملاً فأسلمت ثم ولدت بعد ما أسلمت، أن الولد للأب، وهو على دين الأب، ويُترك في حضانة الأم».

(٧) في (ط العلمية): (إلا إذا).

(٨) في (هـ)، (ط العلمية): (بعد).

وذكر صاحب «النهاية»[١]: أنّه مهما تأخر إسلام أحدهما عن العلوق، فلا فرق بين أن يتّفق في حالة اجتنان الولد أو بعد انفصاله. لكن يجوز أن يُجعل إسلام أحدهما في حالة الاجتنان[٢] كما لو كان مُسلماً يوم[٣] العلوق، جواباً على أنّ الحمل لا يُعرف حتى يلتحق ذلك بالوجه الأول. وستعرف ما يفترق به الوجهان المفروضان.

وفي[٤] معنى الأبوين: الأجداد والجدّات، سواء كانوا وارثين أو لم يكونوا. فإذا طرأ إسلامُ الجدّ، تبعه الطفل إن لم يكن الأب حيّاً. فإن كان حياً فوجهان:

أحدهما: أنه[٥] لا يتبعه في الإسلام؛ لأن الجد لا ولاية له في حياة الأب، والجدة لا حضانة لها في حياة الأم.

وأقربهما[٦]: التبعية؛ لأن سبب التبعيـة القرابة، وأنّها لا تختلف بحياة الأب وموته، كسقوط القصاص وحد القذف.

وقوله في الكتاب: (وكذا إذا أسلم أحد الأجداد والجدات)، إلى آخره[٧]: يشمل ما إذا كان الأقرب[٨] متوسطاً بين الذي أسلم وبين الطفل، وما إذا لم يكن. وهو مجرى على ظاهره، حتّى لو أسلم الجد للأم والأب حيّ، اطرد الوجهان.

ثم إذا بلغ الصبي فله حالتان:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٢).

(٢) من قوله: (الولد أو) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (بعد).

(٤) في (ط العلمية): (ومن).

(٥) قوله: (أنه) سقط من (هـ)، (ظ).

(٦) في (ط العلمية): (وأمر بهما).

(٧) قوله: (إلى آخره) سقط من (هـ)، (ظ).

(٨) في (هـ): (الأب).

الحالة الأولى: إذا أعرب عن نفسه بالإسلام، فقد تأكد ما حكمنا به، وانقطع الكلام.

الحالة الثانية: إذا أعرب بالكفر، ففيه قولان:

أصحهما: أنه مرتد[١]؛ لأنه سبق الحكم بإسلامه جزماً، فأشبه من باشر الإسلام ثم ارتد، وما إذا حصل العلوق في حالة الإسلام.

والثاني: أنه كافر أصلي[٢]؛ لأنه كان محكوماً[٣] بكفره أولًا، وأزيل ذلك بطريق التبعية. فإذا استقل، انقطعت التبعية[٤]، فوجب أن يعتبر بنفسه. ويقال: إن هذا مخرج، ومنهم من لم يثبته وقطع بالأول. فيجوز أن يُعلم لذلك قوله: (على أصحِّ القولين)، بالواو.

التفريع:

إن حكمنا بكونه مرتداً، لم ننقض شيئاً مما أمضيناه[٥] من أحكام الإسلام. وإن قلنا[٦]: إنه كافرٌ أصليٌّ، فوجهان:

أحدهما: أنها ممضاة بحالها؛ لجريانها في حالة التبعية.

وأظهرهما: أنا نتبيّن الانتقاض، ونستدرك ما يُمكن استدراكه؛ حتى يرد ما أخذه من تَرِكَة قريبه المسلم، ويأخذ من تركة قريبه الكافر ما حرمناه منه، ونحكم

---

(١) وقطع به في «الحاوي» (٩/ ٤٨٣).

(٢) قوله: (أصلي) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (محكوماً عليه).

(٤) قوله: (التبعية) سقط من (هـ).

(٥) في (ط العلمية): (مما حكمنا به وأمضيناه).

(٦) في (ط العلمية): (وإن حكمنا).

بأنّ إعتاقه عن الكفّارة لم يقع[١] مجزئاً. هذا فيما جرى في الصغر.

فأما إذا بلغ، ومات له قريبٌ مسلم قبل أن يُعرب عن نفسه بشيء، أو أعتق عن الكفارة في هذه الحالة، فإن قلنا: لو أعرب عن نفسه[٢] بالكفر لكان مرتداً؛ أمضينا أحكام الإسلام، ولا ينقض. وإن جعلناه كافراً أصليّاً، فإن أعرب بالكفر؛ تبينا أنه لا إرث له[٣]، ولا إجزاء عن الكفارة. وإن فات الإعراب بموتٍ أو قتل، فوجهان:

أحدهما: إمضاء أحكام الإسلام، كما لو مات في الصِّغر.

وأظهرهما: نتبين الانتقاض؛ لأنّ سبب التبعيّة الصِّغر وقد زال، ولم يظهر في الحال حُكْمُهُ في[٤] نفسه، فيرد[٥] الأمر إلى الكفر الأصلي.

وعن القاضي الحسين: أنّه لو مات قبل الإعراب وبعد البلوغ، يرثه قريبه المسلم. ولو مات له قريب مسلم: فإرثه عنه[٦] موقوف.

قال الإمام[٧]: أمّا التوريث منه، فيخرج على أنّه إذا مات قبل الإعراب، هل يُنقض الحكم؟

وأمّا توريثه، فإن عنى بالتوقّف أنه يُقال له[٨]: «أعرب عن نفسك بالإسلام»، فهو قريبٌ، ويُستفاد به الخروج من الخلاف.

---

(١) في (ط العلمية): (يكن).

(٢) قوله: (عن نفسه) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (له) سقط من (ي)، (ز)، (هـ).

(٤) في (ط العلمية): (من).

(٥) في (ط العلمية): (فترك).

(٦) في (ز): (منه).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٩).

(٨) قوله: (له) زيادة في (ز)، (هـ).

أمّا إذا مات القريب، ثم مات هو، وفات الإعراب بموته؛ فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه، ولو قتل بعد البلوغ وقبل الإعراب؛ ففي تعلُّق القصاص بقتله قولان، أحدهما: التعلق، كما لو قُتل قبل البلوغ.

والثاني: المنع؛ لأنّ سكوته يحتمل الكفر والجحود، والقصاص يُدرأ بالشبهة. ويخالف ما قبل البلوغ، فإنّه حينئذٍ محكومٌ بإسلامه تبعاً وقد انقطعت التبعية بالبلوغ.

والقولان مبنيّان على أنّه إذا أعرب بالكفر، كان مرتداً أو كافراً أصلياً؟ إن قلنا بالأول: وجب القصاص. وإن قلنا بالثاني: فلا. لكن الظاهر[1]: منع القصاص، وإن كان الأظهر كونه مرتدّاً؛ تعليلاً بالشبهة.

وأمّا الدية، فالذي أطلقوه، وحكوه عن نصّ الشافعيِّ رضي الله عنه: تعلُّقُ الدية الكاملة بقتله. وقياس قولنا: أنه لو أعرب بالكفر كان كافراً أصلياً، أن[2] لا نوجب الدّيةَ الكاملة على رأي، كما أنه إذا فات الإعراب بالموت، يُرَدُّ الميراث.

والإجزاء عن الكفارة على رأي[3]. وروى الإمام[4] عن القاضي الحسين: إجراء القول بمنع القصاص، مع[5] الحكم بأنه لو أعرب بالكفر لكان مرتدّاً. وعَدَّهُ من هفواته.

وقوله في الكتاب: (ولو قُتل قبلَ البلوغ لم يسقط القِصاص لشُبهةِ الكُفْر)، يعني: أنه لا يمتنع القصاص بسبب يوهم الكفر بعد البلوغ؛ إذ الإسلام في الحال مجزوم به.

---

(١) في (ز)، (هـ)، (ظ): (الأظهر).

(٢) قوله: (أن) سقط من (ظ)، وفي (هـ): (لأنه)، وفي (ط العلمية): (أنه).

(٣) من قوله: (كما أنه) إلى هنا سقط من (هـ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٨-٥٢٩).

(٥) في (ط العلمية): (يمنع).

فرع:

الصبيّ المحكوم بكفره: إذا بلغ مجنوناً، حكمه حكم الصّغير[١]، حتّى إذا أسلم أحد والديه تبعه. وإن بلغ عاقلاً ثم جُنّ، فوجهان، إن قلنا: إنه إذا طرأ جُنُونُه عادت ولاية المال إلى الأب، فإذا أسلم استتبعه، وهو الأصح. وإلّا فلا.

قال:

(الجهة الثانية: تبعيّة السابي المسلم.

فمَن استرقَّ طفلاً حُكِمَ بإسلامِه (و). وإن استرقَّه ذمِّيٌّ لم يُحكَمْ بإسلامِه على أصحِّ الوجهين، وإن باعَه مِن مسلم لم يُحكَمْ أيضاً بإسلامِه؛ لأنّ مِلكَ المسلم طارئ، وإنما ذلك أثرُ الابتداء. ولو استرقَّه مسلمٌ ومعه أبواه[٢] لم يُحكَمْ بإسلامِه[٣]، ثم حُكْمُ هذا الصبّي: حُكْمُ مَن قُضِي بإسلامِه تابعاً[٤] لأبويه إذا بلغ).

الثانية: تبعيّة السّابي، فإذا سَبى المسلم طفلاً منفرداً عن أبويه حُكم بإسلامه؛ لأنه صار تحت ولايته، وليس معه من هو أقربُ إليه، فتبعه كما تبع[٥] الأبوين. قال الإمام[٦]: وكأنّ السّبي لما أبطل حريته، قَلَبَهُ قلباً كُلِّيّاً، فعدم عما كان واستفتح له وجود تحت يد السّابي وولايته، فأشبه تولُّدَهُ من الأبوين.

---

(١) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٣).

(٢) في (هـ): (أبوه).

(٣) من قوله: (لأن ملك) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ز)، (هـ): (تبعاً).

(٥) في (ط العلمية): (تبعه).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣٠).

وفيه وجه: أنه لا يُحكم بإسلامه؛ لأن يد السابي يد ملك[(١)] فأشبهت يد المشتري. والمشهور الأول[(٢)].

ولو كان السّابي ذِمِّيّاً فوجهان:

أحدهما: أنه يُحكم بإسلامه أيضاً؛ لأنه إذا سباه[(٣)]، صار من أهل دار الإسلام؛ لأن الذِّمِّي من أهلها، فيُجعل مسلماً تبعاً للدّار.

وأصحهما: المنع؛ لأنّ كونه من أهل الدار، لم يُؤثِّر فيه وفي حق أولاده، فكيف يُؤثِّر في حق مَسبيِّهِ. وتبعيّة الدار إنما تؤثر في حق من لا يعرف حاله ونسبه.

ثم لو باعه الذِّمِّي من مسلم، لم يُحكم بإسلامه أيضاً؛ لأن ملك المسلم طرأ وهو رقيقٌ، وإنما التبعية أثر ابتداء الملك، فإن عنده يتحقق تحوّل الحال. وكذلك سبي الزوجين يقطع النكاح، وتجدُّد المِلك على الرقيق لا يقطعه.

ولو سُبي ومعه أبواه أو أحدهما، لم يُحكم بإسلامه[(٤)]، ـ خلافاً لأحمد[(٥)] في إحدى الروايتين عنه[(٦)] ـ؛ لأنّ والديه أقرب إليه من سابِيِهِ، فكان أولى بالاستتباع. وقال الإمام[(٧)]: وكان لا يبعد أن يبالي[(٨)] بهما حيث أتبعناه السّابي مع

---

(١) قال الماوردي: «وهو الظاهر من مذهب الشافعي». «الحاوي» (٩/ ٤٨٤).

(٢) من قوله: (وفيه وجه) إلى هنا زيادة في (ز).

(٣) في (هـ)، (ط العلمية): (أسبيناه).

(٤) «لأن إلحاق حكمه بأبويه أقوى من إلحاق حكمه بسابيه». «الحاوي» (٩/ ٤٨٤).

(٥) المذهب عند الحنابلة: أنه لو سُبي مع أبويه فهو على دينهما، وإن سُبي مع أحدهما فهو مسلم. وفي رواية: أنه مسلم في الحالة الأولى. وعنه: يتبع أباه. وقيل: المسبي معه منهما في الحالة الثانية. انظر: «الكافي» (٤/ ٢٧٨)، «الإنصاف» (٤/ ١٣٤ – ١٣٥).

(٦) قوله: (عنه) سقط من (ز)، (هـ)، (ظ).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣١).

(٨) في (ي)، (هـ)، (ظ): (أن لا يبالي).

وجود الأبوين إذا لم يكونا معه، وقلنا: كأنّه ولدٌ جديدٌ.

ولكن لم يختلف الأصحاب في ذلك، وكأنهم يقولون: إذا لم نرهما، فلا نبحث عن بقائهما. وإذا كانا معه ثم ماتا، لم نحكم بإسلامه أيضاً؛ لما مرّ من[1] أنّ التبعيّة إنما تثبت في ابتداء السّبي. وحُكْمُ الصبي المحكوم بإسلامه تبعاً للسّابي، إذا بلغ، حُكْمُ الذي حُكِمَ بإسلامه تبعاً لأبويه، إذا بلغ.

فرع:

إذا أعربا بالكفر، وجعلناهما كافرين أصليين، ألحقناهما بدار الحرب. فإن كان كفرهما مما يجوز التقرير عليه بالجزية قرّرناهما. ولو أعربا بنوع من الكفر غير ما كانا موصوفين به، فهما منتقلان من ملّةٍ إلى ملّة، وفيه تفصيلٌ وخلافٌ يذكر في النكاح[2].

آخر:

القول في تجهيزهما والصلاة عليهما ودفنهما في مقابر المسلمين، إذا ماتا بعد البلوغ وقبل الإعراب، يتفرّع على القولين في أنهما لو أعربا بالكفر[3] كانا مرتدّين أو كافرين أصليّين؟ ورأى الإمام[4]: أن يُتساهل في ذلك، ويُقام فيهما شعار الإسلام.

(١) قوله: (من) سقط من (ز)، (ظ).
(٢) انظر ما سيرد (١٣/ ٤١٤) وما بعدها.
(٣) قوله: (بالكفر) سقط من (ي)، (ز).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٢٩).

قال:

(الجهة الثالثة: تبعيّةُ الدار، وهو المقصود.

فكلُّ لقيطٍ وُجِدَ في دارِ الإسلام فهو محكومٌ بإسلامِه. وإن وُجِدَ في دارِ الحربِ فكافر، إلا إذا كان فيها مسلمٌ ساكن؛ مِن تاجرٍ أو أسيرٍ: ففيه خلاف.

ثم إذا بلغَ وأعربَ عن نفسِه بالكُفر؛ فقد قيل: إنه كافرٌ أصليّ، وليس بمُرتَدّ؛ لأن تبعيّة الدارِ ضعيفة؛ وكأنه توقُّف. ومنهم مَن قال: فيه قولانِ كما في تبعيّةِ السابي والوالدين. فإذا قلنا: إنه كافرٌ أصليّ؛ ففي التوقُّفِ في الأحكام الموقوفةِ على الإسلامِ نظَر، ومالَ صاحبُ «التقريب» إلى التوقُّف، وبه علَّلَ نصَّ الشافعيِّ رضي اللهُ عنه في سُقوطِ القِصاص عن قاتلِه.

ولا خلافَ في أنه لو أقامَ ذِمِّيٌّ بيّنةً على نسبِه التحَقَ به وتَبِعَه في الكُفر[١]، فيدُلُّ على ضُعفِ الحُكم بالإسلام. ولو اقتصَر الذِّميُّ على مجُرَّدِ الدعوى لَحِقَه النَّسَب. وفي تَغيُّرِ[٢] حُكمِ الإسلام مِن حيثُ إنه تابعٌ للنَّسَبِ خلاف).

إنما قال: (هي المقصودة[٣])؛ لأن الغرض من عقد الباب: بيان أحكام اللقيط

---

(١) في (ز): (الحكم).

(٢) في (ز): (تغيير)، وفي (هـ): (تفسير).

(٣) في (هـ)، (ظ): (هي المقصود)، وفي نصّ «الوجيز»: (وهو المقصود).

في الإسلام وغيره. والجهتان السّابقتان لا تُفرضان[١] في حق اللقيط، حتى يعرف بهما إسلامه، وإنما يُحكم بإسلامه بهذه الجهة الثالثة.

واللقيط: إما أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر، أما دار الإسلام فقد جعلوها على ثلاثة أضرُب:

أحدها: دارٌ يسكنها المسلمون، فاللقيط الذي يُوجد فيها مسلم[٢] وإن كان فيها أهل الذِّمّة؛ لأنه إن كان المسلمون أكثر، فالظاهر أنه من أولادهم[٣]، وإلاّ فيحتمل أن يكون منهم، فيُغلّبُ حكم الإسلام.

والثاني: دارٌ فتحها المسلمون، وأقرُّوها في يد الكفار بجزيةٍ بعدما ملكوها، أو صالحوهم ولم يملكوها، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم[٤]. وإلا فكافرٌ[٥].

وفي «التتمة» وجهٌ: أنه يُحكم بكونه مسلماً؛ لجواز أنّ[٦] فيهم من يكتم إيمانه، وأنّ اللقيط ولدُه.

والثالث: دارٌ كان المسلمون يسكنونها، ثم جُلُوا[٧] عنها، وغلب عليها المشركون، فإن لم يكن فيها من يُعْرفُ بالإسلام فهو كافر[٨]. وقال أبو إسحاق المروزي: إنه مسلم؛ لأن الدار دار الإسلام، وربما بقي فيها من يكتم إيمانه. وإن

(١) في (هـ): (تعرضان).

(٢) ظاهراً وباطناً، «لامتناع اجتماع الشرك الظاهر في أبويه»، «الحاوي» (٩/ ٤٨١). انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٠).

(٣) ولا يُحكم بإسلامه في الباطن قطعاً. «الحاوي» (٩/ ٤٨١).

(٤) قوله: (إن كان فيها مسلم) سقط من (هـ).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٠).

(٦) في (ز)، (هـ): (أن يكون).

(٧) في (هـ): (ارتحلوا).

(٨) وذكر البغوي: أنه المذهب. وقطع به الماوردي. «التهذيب» (٤/ ٥٧١)، «الحاوي» (٩/ ٤٨٢).

كان فيها من يعرف بالإسلام، فهو مسلم. وقال الإمام[١]: يجوز أن تجرى هذه الدار مجرى دار الكفر؛ لغلبة الكفّار عليها.

واعلم أن عدّهم الضّرب الثاني[٢] من دار الإسلام، يُبيّن أنه ليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون، بل يكفي كونها في يد الإمام واستيلائه.

وأمّا عدّهم الضّرب الثالث منها[٣]، فقد يُوجد في كلام الأصحاب ما يُشعر بأن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم. ورأيتُ لبعض المتأخرين: تنزيل ما ذكروه على ما إذا كانوا لا يمنعون المسلمين عنها[٤]، فإن منعوهم فهي دار كفر.

وأما دار الكفر إن لم يكن فيها مسلم، فاللقيط الذي يوجد فيها محكوم بكفره. وإن كان فيها تجار من المسلمين ساكنون فوجهان:

أحدهما: أنه كافرٌ؛ تبعاً للدار.

وأشبههما ـ ويحكى عن ابن أبي هريرة[٥] ـ: أنه مسلم؛ لقيام الاحتمال، تغليباً للإسلام.

ويجري الوجهان فيما إذا كان فيها أسارى. ورأي الإمام[٦]: ترتيب الخلاف فيهم على الخلاف في التُّجَّار[٧]؛ لأنهم تحت الضّبط. قال: ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣٢).

(٢) في (هـ)، (ط العلمية): (الثالث).

(٣) في (هـ): (من دار الإسلام).

(٤) في (ط العلمية): (منها).

(٥) قال الماوردي: «والظاهر من كلام الشافعي». «الحاوي» (٩/ ٤٨١).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣٤).

(٧) في (ط العلمية): (فيه على الخلاف من).

فأما المحبوسون في المطامير[١]، فيتجه ألا يكون لهم أثر، كما لا أثر[٢] لطرق[٣] العابرين من المسلمين.

وحيث حكمنا للقيط بالكفر، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة، فالقياس أن يجعل من خيرهم ديناً.

وقوله في الكتاب: (فكل لقيط وُجد في دار الإسلام فهو محكوم بإسلامه)، مطلق، لكن قد عرفت بما ذكرنا أنّ الأمر فيه على التفصيل، إلّا أن يريد به الضرب الأول خاصّة، فيكون الكلام على إطلاقه.

وقوله: (إلا إذا كان فيها مسلم ساكن)، أشار به[٤] إلى أن[٥] الطروق والاجتياز[٦] لا أثر له.

إذا عرفت ذلك، فالصبي المحكوم بإسلامه بتبعيّة الدار، إذا بلغ وأعرب عن نفسه بالكفر: قال الشافعي رضي الله عنه: «لا يتبّين لي أن أقتله، ولا أجبره[٧] على الإسلام»[٨]، وللأصحاب فيه طريقان:

---

(١) المطامير: جمع مطمورة، وهي الحفيرة تحت الأرض يوسع أسافلها، تخبأ فيها الحبوب. انظر: «تاج العروس» فصل الطاء، باب الراء (٣/ ٣٦٠) (طمر).

(٢) قوله: (كما لا أثر) سقط من (ز).

(٣) في (ي)، (ز)، (ظ): (لطروق).

(٤) قوله: (به) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (أن) سقط من (ط العلمية).

(٦) في (ط العلمية): (والاختيار).

(٧) في (ط العلمية): («أقبله ولا أجيزه»).

(٨) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

أحدهما: أن هذا ترديد قول منه، وفي كونه مرتداً أو كافراً أصلياً[١] قولان، كما في المحكوم بإسلامه تبعاً لأبويه أو السابي.

وأظهرهما: القطع بأنه كافرٌ أصليّ، بخلاف من يُحكم بإسلامه تبعاً لأبويه أو للسابي؛ لأن الحكم هناك[٢] جارٍ[٣] على علم منا بحقيقة الحال، وهاهنا مبني على ظاهر الدار.

فإذا أعرب عن نفسه بالكفر، تبين خلاف ما ظنناه، وهذا كما أنه لو بلغ وأقر[٤] بالرِّق، يُقبل وإن كنّا نقول بحرّيته؛ بناء على الظاهر.

وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: (لأن تبعيّة الدار ضعيفة)، ثم احتج على ضعفها[٥] بمسألتين:

إحداهما: إذا جعلناه كافراً أصلياً عند إعرابه بالكفر، ففي التوقف في الأحكام الموقوفة على الإسلام وجهان:

أظهرهما: أنّا لا نتوقف، بل نُمضيها كما في المحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسّابي.

والثاني ـ وإليه ميل صاحب «التقريب»[٦] ـ: أنا نتوقّف إلى أن يبلغ، فيُعرب عن نفسه. فإن مات في صباه، لم يحكم بشيء من أحكام الإسلام.

---

(١) قوله: (أصلياً) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (هناك) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (جاز).

(٤) في (ط العلمية): (وأمر).

(٥) في (ط العلمية): (صحتها).

(٦) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣١٣).

ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: (كافرٌ أصليّ)، بالحاء والألف؛ لأن أبا حنيفة[١] وأحمد[٢] يجعلانه مرتداً.

وقوله: (وكأنه توقُّف)، أراد به التوقف في أحكام[٣] الإسلام. لكنّه قد صرّح بعد هذه اللفظة بتردد الأصحاب في المسألة، فلو طرحها لما ضرّ.

وقوله: (وبه علّل نصّ الشافعي رضي الله عنه)، إلى آخره، أراد به أن الخلاف الذي نذكره في تعلق القصاص بقتل اللقيط، جعل صاحب «التقريب» مأخذه[٤]: الخلاف في التوقف في أحكام الإسلام، والمسألة بشرحها وما قيل في مأخذ الخلاف فيها بين يديك. وهناك يتبين أنه هل للشافعي رضي الله عنه[٥] نصّ على سقوط القصاص[٦] كما ذكره، أم كيف الحال؟

وليس فيما حكاه من تعليل صاحب «التقريب» في هذا الفصل كثير غرض، ويُغني عنه ما في الفصل بعد هذا.

---

(١) تصح ردة الصبي العاقل عند أبي حنيفة ومحمد، ولا تصح عند أبي يوسف، وهذا لأن عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحق بالعدم، ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وتبرعاته.
وعندهما: إذا صح إيمانه فتصح ردته.
واللقيط إذا أدرك كافراً وقد حُكم بإسلامه تبعاً للدار، فهو مرتد يُحبس ويُجبر على الإسلام، لكنه لا يُقتل استحساناً. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٣٤)، «المبسوط» (١٠/ ١٢٢)، «المختار» و«الاختيار» (٤/ ١٤٨).

(٢) هذا في الصحيح من المذهب عند الحنابلة. انظر: «الإنصاف» (٦/ ٤٥٢)، «الفروع» (٤/ ٥٨٠).

(٣) قوله: (أحكام) سقط من (هـ).

(٤) في (ز)، (ظ)، (ط العلمية): (مأخذ).

(٥) من قوله: (والمسألة بشرحها) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) في (ز): (القصاص)، وفي (ط العلمية) وغيرها: (الضمان).

واعلم أن قوله في أول الفصل: (فهو محكومٌ بإسلامه)، ينبغي أن يُحمل على ما يشترك فيه الحكم بالإسلام جزماً، والتوقف في أحكام الإسلام، وهو الامتناع من الحكم بكفره وما أشبهه.

وإلا فإذا حكمنا بالإسلام جزماً، كيف ينتظم منا[١] التردّد في أحكامه؟!

ويجوز أن يجعل الأول جواباً على الأظهر، ثم تبين بالأخرة أن فيه خلافاً.

المسألة الثانية: المحتج بها[٢]، وهي مقصودة في نفسها: اللقيط الذي وُجد في دار الإسلام، لو ادعى ذمي[٣] نسبه، وأقام عليه بينة، لحقه وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنّا نظنه. وهذا يدل على أن تبعية الدار ضعيفة. وإن اقتصر على مجرد الدِّعوة ففيه خلاف، وذلك أن المزني حكى في «المختصر»[٤] عن نصّ الشافعي رضي الله عنه أنه قال[٥]: «أحببت أن أجعله مسلماً في الصلاة عليه، وأن آمره بالإسلام إذا بلغ من غير إجبار». وأنه رضي الله عنه قال في «الكتاب» «كتاب الدعوى»: «أجعله مسلماً»[٦].

فمن الأصحاب من جعلها قولين:

أحدهما: أنه يُحكم بكفره؛ لأنه يلحقه بالاستلحاق، وإذا ثبت نسبه تبعه في الدِّين، كما لو قامت البينة على النّسب.

---

(١) في (ط العلمية): (هنا).

(٢) قوله: (المحتج بها) سقط من (ز)، (هـ)، (ظ).

(٣) في (ي): (إذا ادعى من التقطه).

(٤) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٥) قوله: (أنه قال) سقط من (هـ).

(٦) من قوله: (في الصلاة) إلى هنا سقط من (ي).

وأظهرهما: المنع؛ لأنا قد حكمنا له[١] بالإسلام، فلا[٢] نغَيّره بمجرد دعوى الكافر. وأيضاً: فيجوز أن يكون ولده ولكن من مسلمة، وحينئذٍ لا يتبع الدين النسب.

وقال أبو إسحاق وغيره: يقطع بأنه مسلم، كما ذكره في «الدعوى[٣]»، ويحمل ما قاله[٤] هاهنا، على ما إذا قامت البينة على النسب. وهذا أصح الطريقين عند الأكثرين. والأول هو الذي أورده في الكتاب. فليعلم لفظ: (الخلاف)، بالواو.

وسواء قلنا: يتبعه في الكفر أو لا يتبعه في الكفر[٥]، فإنه يحال بينهما[٦] كما ذكرنا فيما إذا وصف المميّز الإسلام. ثم إذا بلغ ووصف الكفر، فإن قلنا: إنه يتبعه في الكفر، يقرّر، ولكنه يُهدّد ويُخوّف أولاً؛ فلعلّه يُسلم. وإن قلنا: لا يتبعه، ففي تقريره ما سبق من الخلاف.

فرع:

قد مرّ أن اللقيط المحكوم بإسلامه، ينفق عليه من بيت المال، إذا لم يكن له مال. أما المحكوم بكفره، ففيه وجهان، أقربهما: الإنفاق أيضاً؛ إذْ لا وجه لتضييعه. وفيه نظر للمسلمين، فإنه إذا بلغ أعطى الجزية.

---

(١) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (فلا) سقط من (هـ).

(٣) واختاره المزني حيث قال: «لأن من ثبت له حق لم يزل حقه بالدعوى، فقد ثبت للإسلام أنه من أهله وجرى حكمه عليه بالدار، فلا يزولَ حق الإسلام بدعوى مشرك». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٨).

(٤) في (ط العلمية): (ويحمل على ما قاله).

(٥) قوله: (في الكفر) سقط من (ز)، (ظ).

(٦) قوله: (فإنه يحال بينهما) سقط من (هـ).

قال رحمه الله:

(الحُكم الثاني: جنايةُ اللقيط:

وأرشُه على بيتِ المالِ مِن غيرِ توقُّف، كما أنه لو ماتَ فمالُه لبيتِ المالِ مِن غيرِ توقُّف.

وإن جُنِيَ عليه فالأرشُ له. وإن قُتِلَ عمداً ففي القِصاصِ قولان؛ (و) أحدُهما: أنه[١] يجب؛ لأنه مسلمٌ معصوم، والثاني: لا يجب؛ لأنه ليس له وراثٌ مُعيَّن، وفي المسلمينَ صِبيانٌ ومَجانين؛ فكيف يُستوفى؟ وهذا يجري في قتلِ كلِّ مَن لا وارثَ له. وزيَّفَ[٢] صاحبُ «التقريب» هذا؛ لأنّ الاستلحاقَ لا يُنسَبُ إلى آحادِ المسلمين؛ وعلَّلَه بالتوقُّفِ في إسلامِه. فعلى هذا؛ يستوفيه الإمامُ إن شاء، أو يأخذُ المالَ لبيتِ المالِ إن رأى المصلحةَ فيه.

وإن قُطِعَ طَرَفُه فيجبُ القِصاص؛ لأنّ مُستَحِقَّه مُعين[٣]. وعلى تعليلِ صاحبِ «التقريب»: إن كان الجاني حُرّاً[٤] مسلماً توقَّفْنا، وإن كان ذمِّياً لم نتوقَّف[٥]؛ فإن أعربَ بالإسلام تبيَّنّا وجوبَه، وإن أعربَ بالكُفر تبيَّنّا عدَمَه.

---

(١) قوله: (أنه) سقط من (ز).

(٢) زيّف: يقال: زيّف قوله أو رأيه، أي فنده وأظهر باطله. انظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٤٢٤) (زيّف).

(٣) في (ز)، (ظ): (متعين).

(٤) قوله: (حُرّاً) زيادة في (هـ)، (ظ).

(٥) قوله: (وإن كان ذمياً لم نتوقف) زيادة في (ز)، (هـ).

ثم إن قضينا بوجوبه فلا يستوفيه الإمام (و)؛ لأنه تفويت. وهل يأخذُ الأرش؟ نُظِر؛ فإن كان المجنيُّ عليه مجنوناً فقيراً أخذَه، وإن كان صبيّاً غنيّاً لم يأخُذْه، وإن وُجِدَ أحدُ المعنيينِ فوجهان.

فإن قلنا: يأخذُه، فبلغَ أو أفاقَ وطلبَ القِصاص فوجهان[1]؛ منشؤهما أنّ أخْذَ المالِ للحَيلولةِ أو لإسقاط القِصاص؟).

مقصود الفصل: القول في جناية اللقيط، وفي الجناية عليه:

أما جنايته: إن كانت خطأ، فموجبها في بيت المال[2]؛ لأنه ليست له عاقلة خاصّة، وماله إذا مات مصروف إلى بيت المال إرثاً[3].

وقوله: (من غير توقُّف)، يعني أنّا لا نخرّج الضّرب على[4] بيت المال على الخلاف في التوقف، كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال، ويجعل الغُرم بالغنم.

وإن كانت عمداً، نُظر: إن كان قد بلغ، فعليه القصاص عند اجتماع شرائطه. وإن وقعت قبل البلوغ، فإن قلنا[5]: إنّ عمد الصبي عمد، فتجب الدّية مغلّظة في ماله، فإن لم يكن له مال، فهي في[6] ذمّته إلى أن يجد.

---

(١) من قوله: (فإن قلنا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) قال الشافعي: «وجنايته خطأ على جماعة المسلمين». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٣) قوله: (إرثاً) سقط من (ز).

(٤) في (ظ): (الصرف)، وفي (هـ): (الصرف إلى).

(٥) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٧)، «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٦) في (ز)، (هـ): (فإن لم يكن له مال ففي).

وإن قلنا: إنه خطأ، فتجب مخفّفة في بيت المال، ولا يخفى أن ما ذكرناه في جناية يُحمل موجبها[١]. فأما إذا أتلف مالًا، فلا يكون الضمان إلا عليه[٢].

ولو كان اللقيط محكوماً بكفره، لم يضرب موجب جنايته على بيت المال، وتركته فيء.

وأما الجناية عليه: فإما أن تكون خطأً أو عمداً، إن كانت خطأً، نُظر: إن كانت على نفسه، أخذت الدّية ووضعت في بيت المال[٣]. وقياس من قال بالتوقف في أحكامه: ألا يوجب الدية الكاملة. ولم أر ذكره. وإن كانت على طرفه: فواجبها حقّ[٤] اللقيط، يستوفيه القاضي له[٥]. ويعود فيه[٦] القياس المذكور.

وإن كانت عمداً، فإن قُتل فالنص في «المختصر»[٧]: وجوب القصاص، وقطع به بعض الأصحاب فيما رواه أبو الفرج الزاز، ولم يُثبتوا فيه خلافاً. وأثبت الأكثرون[٨] فيه[٩] قولًا آخر: أنه لا يجب القصاص[١٠].

---

(١) في (هـ)، (ظ): (يصرف)، وفي (ط العلمية): (بموجب).

(٢) فإن «لم يكن له مال كان ديناً عليه، إذا أيسر أداه». «الحاوي» (٩/ ٤٨٧).

(٣) «ولا تكون للملتقط، لأن الولاء لا يثبت لغير المعتق». «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٤) في (ز): (من).

(٥) قوله: (له) سقط من (ي).

(٦) قوله: (فيه) سقط من (ز).

قال البغوي: «يأخذ وليه الدية ويُنفق عليه». «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٧) قال الشافعي: «فإن قُتل عمداً، فللإمام القود أو العقل». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٨) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٨)، «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٩) قوله: (فيه) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

(١٠) لا قصاص، لأنه حد يُدرأ بالشبهة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٨).

ثم اختلف[1] هؤلاء في شيئين:

أحدهما: في[2] مأخذ القولين، قال قوم: وجه الوجوب أنه مسلم معصوم. ووجه المنع: أنه لو وجب القصاص، لوجب لعامة المسلمين، كما يُصرف ماله إليهم، وفي المسلمين صبيان ومجانين.

ومهما كان في الورثة صبيان ومجانين، لا يمكن استيفاء[3] القصاص قبل البلوغ والإفاقة. وأيضاً[4]، فإنه لا بد من اجتماع الورثة على الاستيفاء، واجتماع جميع المسلمين متعذِّر.

وعن صاحب «التقريب»[5]: بناؤهما على أن المحكوم بإسلامه، تجري عليه أحكام الإسلام، أو نتوقف فيه إلى أن يعرب[6] بالإسلام؟ فإن قلنا بالأول، أوجبنا القصاص. وإن قلنا بالثاني، فقد فات الإعراب بقتله، فلا يجري عليه حكم المسلمين[7].

قال: والمأخذ الأول فاسد؛ لأن الاستحقاق يُنسب إلى جهة الإسلام، لا إلى آحاد المسلمين، ولهذا لو أوصى من ليس له وارث خاصّ لجماعة من المسلمين، لا يجعل ذلك وصية للورثة. فهذان مأخذان للمسألة.

---

(١) في (هـ)، (ط العلمية): (اختلف فيه).

(٢) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٣) في (ط العلمية): (استبقاء).

(٤) قوله: (وأيضاً) سقط من (هـ).

(٥) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣١٥).

(٦) في (هـ): (يُعرف).

(٧) في (ط العلمية): (المسلمين، وهذا لو أوصى من ليس له وارث)، وهي زيادة لا معنى لها، وهي مشطوبة في (ي).

وفرّع عليهما الشيخ أبو محمّد: ما إذا ثبت[1] لرجل حق قصاص ولم يستوفه حتى مات، وورثه المسلمون، فعلى المأخذ الأول: في بقاء القصاص القولان. وعلى الثاني: يبقى لا محالة.

ولو قُتل اللقيط بعد البلوغ والإعراب بالإسلام: جرى الخلاف على المأخذ الأول دون الثاني. ولو قُتل بعد البلوغ وقبل الإعراب[2]: جرى الخلاف على المأخذين، ولكن بالترتيب على ما قبل البلوغ، إن منعنا القصاص ثَمّ[3]، فهاهنا أولى. وإن أوجبنا القصاص[4] ثَمّ فهاهنا وجهان؛ لقدرته على إظهار ما هو عليه من الاختلاف.

الثاني: في كيفية قول المنع[5]، ففي «النهاية»[6] نقله عن رواية «البويطي»، وفي «التتمة» عن رواية الرّبيع.

والمفهوم من كلام المعظم: أنه غير منصوص عليه في المسألة بخصوصها. ولكن قال قائلون: اللقيط لا وارث له[7]. وقد روى البويطي قولًا: أنه لا قصاص بقتل من لا وارث له. فيتناول اللّقيط تناول العموم للخصوص[8]. وعن أبي الطيّب ابن سلمة والقفّال: تخريجه من أحد القولين في أن من قذف اللقيط بعد بلوغه لا يُحد[9].

---

(١) في (ط العلمية): (أثبت).

(٢) من قوله: (جرى الخلاف) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) قوله: (ثم) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (القصاص) سقط من (ظ)، وفي (ي)، (ز): (وإن أوجبناه).

(٥) أي منع القصاص.

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣٧).

(٧) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٨) في (ظ): (المخصوص)، وفي (هـ): (بالخصوص).

(٩) والمنصوص في «المختصر»: «ولو قذفه قاذف، لم أحد له حتى أسأله، فإن قال: «أنا حر»، حددت قاذفه». (٨/ ٢٣٧).

ويخرّج من هذا مأخذ ثالث[١]، وهو درء القصاص بشبهة الرِّق والكفر.

ثم الأصح من القولين: وجوب القصاص بالاتفاق.

وإن كانت الجناية على طرف اللقيط، فعلى المأخذ الأول: يُقطع بوجوب القصاص؛ لأن الاستحقاق فيه للقيط وهو متعيّن، لا للعامة. وعلى المأخذ الثاني: إذا فرّعنا على قول المنع هناك، نتوقف في قصاص الطرف: فلو بلغ وأعرب بالإسلام تبيّنا وجوبه، وإلا تبينا عدمه. وعلى المأخذ الثالث: يجري القولان بلا فرق.

وإذا كان الجاني في النفس أو في الطرف كافراً رقيقاً، جرى القولان على المأخذ الأول دون الثاني والثالث.

هذا ما يتعلق بوجوب القصاص. أما استيفاؤه، إذا قلنا بالوجوب: فقصاص النفس يستوفيه الإمام إن رأى المصلحة فيه. وإن رأى غيره[٢]، عدل عنه إلى الدّية[٣]؛ ولو لم نجوِّز ذلك، لالتحق هذا القصاص بالحدود المستحقة[٤]. وليس له العفو مجاناً؛ لأنه على[٥] خلاف مصلحة المسلمين.

وأما قصاص الطرف، فإن كان اللقيط بالغاً عاقلاً، فالاستيفاء إليه[٦]، وإلا فليس للإمام استيفاؤه[٧]؛ لأنه قد يريد التشفي، وقد يريد العفو[٨] فلا يفوت عليه. وعن

---

(١) قوله: (مأخذ ثالث) سقط من (هـ).

(٢) قوله: (غيره) زيادة في (ط العلمية).

(٣) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٤) كذا في (هـ)، وفي (ز): (المتحتمة)، وفي سائر النسخ: (المتجهة).

(٥) قوله: (على) سقط من (ي)، (ظ).

(٦) في (هـ): (له).

(٧) في (هـ): (فليس له الاستيفاء).

(٨) في (ط العلمية): (وقد لا يريد العفو).

القفال[١]: إن له الاستيفاء في المجنون؛ لأنه لا ينتظر لإفاقته وقت متعيّن. والتأخير لا إلى غاية قريب من التفويت، وهذا بعيدٌ عند الأصحاب.

وأبعد منه: أنّ أبا الفرج السرخسي حكى وجهاً مطلقاً في جواز الاقتصاص، من[٢] حيث يجوز له أخذ الأرش، على ما سنُبيِّنُه إن شاء الله تعالى؛ لأنه أحد البدلين، فله استيفاؤه كالثاني. والمذهب الأول.

وإذا لم يستوف القصاص، فهل له أن يأخذ أرش الجناية[٣]؟ نُظر[٤]: إن كان المجنيّ عليه مجنوناً فقيراً، فله الأخذ؛ لأنه محتاج، وليس لزوال علته غاية تنتظر.

وإن كان صبياً غنياً، لم يأخذه؛ لأنه لا حاجة في الحال، ولزوال الصبى غاية منتظرة[٥].

وإن كان مجنوناً غنياً، أو فقيراً صبياً فوجهان:

أحدهما: جواز الأخذ؛ لبعد[٦] الإفاقة في الصورة الأولى، وقيام[٧] الحاجة في الثانية.

---

(١) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣١٥).

(٢) قوله: (من) زيادة في (ط العلمية).

(٣) في (ي): (الحيلولة).

(٤) ذكر الماوردي هذه الأحوال مفصلة في «الحاوي» (٩/ ٤٨٨ - ٤٨٩)، وكذا ذكره البغوي في «التهذيب» (٤/ ٥٧٣).

(٥) من قوله: (وإن كان) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) في (هـ): (لتعذر).

(٧) في (هـ): (ولوجود).

والثاني: المنع؛ لعدم الحاجة في الأولى، وقرب[١] الانتظار في الثانية[٢]. والظاهر في الصورتين: المنع، والاعتبار بالجنون والفقر جميعاً؛ لجواز الأخذ.

وحيث قلنا: لا يجوز أخذ الأرش، أو لم نر المصلحة فيه: فيُحبس الجاني إلى أوان البلوغ والإفاقة. وإذا جوزناه فأخذه، ثم بلغ الصبي وأفاق المجنون، وأراد أن يردّه ويقتص، ففي تمكينه منه وجهان شبيهان بالخلاف فيما لو عفا الولي عن حقِّ شفعة الصبي للمصلحة، ثم بلغ وأراد أخذه.

والوجهان فيما ذكر صاحب «التقريب»؛ مبنيان على أن أخذ المال: عفوٌ كُلِّيٌّ وإسقاطٌ للقصاص، أم سببه الحيلولة لتعذر استيفاء القصاص الواجب؟ وقد يرجَّح التقدير الأول؛ بأن التضمين[٣] بالحيلولة إنما ينقدح إذا جاءت الحيلولة من قبل الجاني، كما لو غيّب الغاصب المغصوب، أو أبق العبد من يده، وهاهنا جاء التعذّر[٤] من قبله. وأيضاً: فلو كان الأخذ للحيلولة[٥]، لجاز الأخذ فيما إذا كان المجني عليه صبياً غنياً.

وما ذكرناه في أخذ الأرش للقيط، جار في كل طفل يليه أبوه أو جده بلا فرق.

وحكى الإمام[٦] عن شيخه: أنه ليس للوصي أخذه. قال: وهذا حسن، إن جعلناه إسقاطاً. فلا يجوز الإسقاط إلا لوالٍ أو ولي. أما إذا جوّزناه للحيلولة، فينبغي ألا يجوز للوصي أيضاً.

---

(١) في (ط العلمية): (وفرق).

(٢) فـ«يحبس قاتله، ليختار لنفسه ما شاء من قود أو دية تعليلًا لظهور عقله» «الحاوي» (٩/ ٤٨٩).

(٣) في المطبوعة: (التضحية).

(٤) من قوله: (الجاني) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) قوله: (للحيلولة) سقط من (هـ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٤١).

ولنعد إلى ما يحتاج إلى ذكره من لفظ الكتاب:

قوله: (ففي القصاص قولان)، يجوز إعلامُه بالواو؛ للطريقة القاطعة بالوجوب.

قوله: (وهذا يجري في قتل كل من لا وارث له)، ربما أشعر بأن أصل القولين في اللقيط، ثم اطرد في كلّ من لا وارث له تفريعاً. وقد صرّح صاحب «النهاية»[1] به[2] عن الشيخ أبي محمد.

لكن فيما قدّمناه، ما يقتضي خلافه.

وقوله: (وزيّف صاحب «التقريب»)، هذا يعني توجيه القول، ولك أن توجّه الإشكال على تزييفه[3] من وجهين:

أحدهما: أن غاية ما يلزم من كلامه: ضعف المعنى الذي وجّهوا به قول المنع.

والذي وجهه به ضعيفٌ أيضاً؛ لأن قول المنع مرجوحٌ[4] بالاتفاق، ولا يكون ذلك إلا لضعف دليله. ولا ينكر أن الضعفين قد يكون أحدهما أضعف من الآخر، لكنّ البحث إذا انتهى إلى مثل ذلك قلّ تناوله[5].

والثاني: أن القولين ثابتان[6] في غير اللقيط ممن[7] لا وارث له، ولا مجال لما

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٣٧-٥٣٨).

(٢) قوله: (به) سقط من (ز)، (هـ)، (ظ).

(٣) في (ط العلمية): (مزيِّفه).

(٤) في (هـ)، (ظ): (مرجوع).

(٥) كذا في (هـ)، وفي (ي)، (ز): (قل تركه)، وفي (ظ): (قل نزله)، وفي (ط العلمية): (فلي تركه).

(٦) في (ط العلمية): (يأتيان).

(٧) في (ط العلمية): (مما).

ذكره في غير اللقيط. وكما جاز التوجيه بما ذكروه في غير اللقيط[١]، جاز في اللقيط.

وقوله: (فعلى هذا)، أي على قول الوجوب، وإن كان هذا اللفظ متصلاً بقول المنع[٢]. وقوله: (يستوفيه الإمام إن شاء)، ليس على التّشهّي، بل إنما يستوفيه إذا رأى المصلحة فيه، كما صرّح به في طرف أخذ المال.

وقوله: (في قطع الطرف فيجب القصاص[٣]) أي: جزماً؛ بناء على المأخذ الأول. وعلى توجيه صاحب «التقريب»: يجري القولان، فعلى قول المنع: يتوقف.

وقوله: (إن كان الجاني حرّاً[٤] مسلماً)، لا اختصاص له بهذا الموضع، بل الكفاءة معتبرةٌ في النفس والطرف جميعاً، والشروط المعتبره في الحكم لا تتكرّر في كل صورة.

وقوله: (فلا يستوفيه الإمام)، معلم بالواو؛ لما سبق.

وقوله: (فإن وُجد أحد المعنيين)، يعني المعنيين المؤثرين في الأخذ، وهما الجنون والفقر.

* * *

---

(١) من قوله: (ممن لا) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) من قوله: (وقوله فعلى) إلى هنا زيادة في (ز)، (ظ).

(٣) نصّه في «الوجيز»: «وإن قُطع طرفه فيجب القصاص».

(٤) قوله: (حرّاً) سقط من (هـ)، (ز).

قال رحمه الله:

(الحُكم الثالث: نَسَبُ اللقيط:

فإن استَلحَقَه المُلتقِطُ أو غيرُه أُلـحِقَ به؛ لأنّ إقامةَ البيّنةِ على النَّسَبِ عسير. وإن بلغَ فأنكر؛ فهل ينقطعُ النَّسَب؟ فيه خلاف. وإن استلحقَ بالغاً فأنكر؛ لم يثبُت. ولو استلحقَه عبد؛ فالصحيحُ من القولين: أنه كالحُرِّ (و) في النَّسَب. ولو استلحقَه ذمِّيٌّ أُلـحِقَ به، وفي الحُكمِ بكُفره تابعاً له ما سبق.

وإن استلحقَته امرأةٌ ذاتُ زوجٍ[1]؛ لحِقَها على أقيس الوجهين. وقيل: لا؛ لأنه يَتضمَّنُ استلحاقُها لُحُوقَ الزوج. وقيل: إنّ الخَليّةَ يلحقُها دونَ ذاتِ الزَّوج).

القول في نسب اللقيط كهو في سائر المجاهيل، فإذا استلحقه حرٌّ مسلمٌ، ألحق به؛ لأنه أقرّ له بحق، فأشبه ما لو أقرّ بمال[2]. وأيضاً: فإن إقامة البيّنة على النسب مما يعسر، ولو لم يثبته بالاستلحاق لضاع كثيرٌ من الأنساب.

وقد سبق في باب الإقرار بالنسب، ما يشترط في الاستلحاق، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره. لكن يستحب أن يُقال للملتقط: «من أين هو لك؟»[3]؛ فربّما يتوهّم أن يد[4] الالتقاط تُفيد النسب.

---

(١) قوله: (ذاتُ زوج) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) و«لأنه لا منازع له ليمنع منه». «الحاوي» (٩/ ٤٩٤).

(٣) فإن أغفل ذلك جاز، لأن قوله فيه مقبول. انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٩٥).

(٤) قوله: (يد) سقط من (ي)، (ز).

وعن مالك[١] رضي الله عنه: أنه إن استلحقه الملتقط، لم يلحق به؛ لأن الإنسان لا ينبذ ولده ثم يلتقطه، إلا أن يكون ممّن لا يعيش له ولدٌ فيلحق به؛ لأنه قد يفعل مثل ذلك تفاؤلاً ليعيش الولد.

وإذا ألحق بغير الملتقط سُلّم إليه؛ لأن الأب أحق بالتربية والكفالة[٢] من الأجنبي.

واستلحاق الكافر كاستلحاق المسلم في ثبوت النّسب[٣]؛ لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب.

وقوله في الكتاب: (وفي الحكم بكفره تابعاً له ما سبق)، لا حاجة إلى ذكره، فإنّ الكلام الآن في النسب، وأما حكم الدين فقد تقدّم.

وقوله: (وإن بلغَ فأنكر[٤])، وقوله: (وإن استلحق بالغا)، الصورتان مكررتان، قد مرّتا[٥] بشرحهما في باب الإقرار بالنسب.

والحاجة في الفصل إلى شرح مسألتين:

المسألة الأولى: لو استلحقه عبدٌ، لحقه إن صدّقه السّيّد، وإن كذّبه فكذلك[٦]، نصّ عليه هاهنا وعن نصِّه في الدعاوى: أنه ليس أهلاً للاستلحاق[٧]. فحصل قولان:

---

(١) «الشرح الكبير» (٤/ ١٢٦)، «التاج والإكليل» (٦/ ٨٢).

(٢) في (ط العلمية): (والحفظ).

(٣) قال الشافعي: «ودعوة المسلم والعبد والذمي سواء» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) قوله: (وقوله: وإن بلغ فأنكر) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (قد مرّتا) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (فكذلك) أثبتناه من (ز). (م ع).

(٧) الذي قاله الشافعي في باب دعوى الولد: «وإذا تداعى الحر والعبد [المسلمان]، والذمي الحر والعبد، =

أحدهما: المنع؛ لما فيه من الإضرار بالسّيّد بسبب انقطاع الميراث عنه لو أعتقه[1].

وأصحهما: اللحوق؛ لأن العبد كالحرّ في أمر النسب؛ لإمكان العلوق منه بالنكاح، وبوطء الشبهة. ولا اعتبار بما ذكره من الإضرار، ألا ترى أنّ من استلحق ابناً وله أخٌ، يُقبل استلحاقه.

وعن رواية الشّريف ناصر العمري[2] طريقتان أُخريان:

إحداهما: القطع بالقول الأول.

والثانية: القطع باللحوق إذا كان مأذوناً في النكاح، ومضى من الزمّان ما يحتمل[3] حصول الولد[4]، وتخصيص القولين بما إذا لم يكن مأذوناً.

ويجري الخلاف فيما إذا أقرّ العبد بأخٍ أو عم.

وفي «التتمة»: طريقةٌ أخرى قاطعةٌ بالمنع هاهنا؛ لأن لظهور نسبه طريقاً آخر، وهو إقرار الأب أو الجد.

ويجري الخلاف فيما لو استلحق حرٌّ عَبْدَ غيره وهو بالغٌ، فصدّقه؛ لما فيه من قطع الإرث المتوهّم بالولاء.

= مولوداً وجد لقيطاً، فلا فرق بين أحد منهم، كما لا يكون بينهم فرق فيما تداعوا فيه مما يملكون» «الأم» (٦/ ٢٦٥).

(١) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٦).

(٢) الشريف ناصر العمري: أبو الفتح، ناصر الدين الحسين بن محمد المعروف بالشريف العمري من نسل عمر بن الخطاب رضي الله عنه. تفقه بمرو على القفال وبنيسابور على الزيادي وأبي الطيب الصعلوكي. كان فقيراً قانعاً باليسير متواضعاً. توفي بنيسابور في ذي القعدة سنة (٤٤٠هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الحسيني) ص١٤٦ – ١٤٧، «طبقات الشافعية الكبرى» (٤/ ٢٧).

(٣) في (هـ): (ما يمكن).

(٤) قوله: (حصول الولد) سقط من (هـ).

وفي «النهاية»[١]: أن بعض الأصحاب قطع بثبوت النسب هاهنا، وقال: الحر من أهل الاستلحاق[٢] على الإطلاق.

ويجري الخلاف فيما لو استلحق المعتق غيره، والقول بالمنع هاهنا أبعد؛ لاستقلاله بالنكاح والتّسرِّي.

وإذا جعلنا العبد من أهل الاستلحاق، فلا يُسلم اللقيط إليه؛ لأنه لا يتفرغ لحضانته وتربيته، ولا نفقة عليه؛ لأنّه لا مال له.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (فالصّحيح من القولين)، بالواو؛ لما حكيناه.

المسألة الثانية: إذا استلحقت المرأة مولوداً وأقامت عليه بيّنة، لحقها[٣].

ولحق زوجها إن كانت ذات زوج وكان العلوق منه[٤] ممكناً. ولا ينتفي عنه إلا باللعان. هذا إذا قيدت البيّنة «بأنها ولدته على فراشه». أمّا إذا لم تتعرض للفراش، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان[٥]، حكاهما الشّيخ أبو الفرج الزاز. وإن لم تُقم بينةً واقتصرت على مجرد الدعوى، ففيه ثلاثة أوجه[٦]:

أحدها: أنها تقبل، ويلحقها الولد؛ لأنها أحد الأبوين، فصارت كالرجل، وبل

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٥٤).

(٢) في (ز)، (هـ): (الحر أهل للاستلحاق).

(٣) قال الشافعي: «ولا دعوة للمرأة إلا ببينة» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) قوله: (منه) سقط من (هـ).

(٥) قطع الماوردي أن الزوج لو صدّقها على ولادته فيصير حينئذ لا حقاً به. «الحاوي» (٩/ ٥٠١).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٠٠ - ٥٠١)، «المهذب» (١٥/ ٣٠٠)، «التهذيب» (٤/ ٥٧٦ - ٥٧٧).

أولى؛ لأن جهة اللحوق بالرجل النكاح[١] والوطء بالشبهة، والمرأة تشارك الرجل فيهما، وتختص بجهة أخرى وهي الزنى.

وأظهرها[٢]: المنع، وبه قال أبو حنيفة[٣]. وتفارق الرجل من وجهين:

إحداهما: أنه يمكنها إقامة البيّنة على الولادة من طريق المشاهدة، والرجل لا يمكنه، فمسّت الحاجة إلى إثبات النسب من جهته بمجرد الدعوى.

والثاني: عن صاحب «التقريب»: أنها إذا أقرت بالنسب، فكأنها تقرّ بحقٍّ عليها وعلى غيرها؛ لأنها فراش للزوج، وقد بطل إقرارها في حقّ الزوج، فيبطل الجميع؛ لأن الإقرار الواحد إذا بطل بعضه بطل كله.

ويقرب من هذا قوله في الكتاب: (لا؛ لأنه يتضمن استلحاقها لحوق الزوج). وفيه إشكال؛ لأن من أقرّ على نفسه وغيره بمال، يلزمه في حقّ نفسه، وإن لم يقبل في حق الغير.

والثالث: أنها إن كانت ذات زوج، لم يقبل إقرارها؛ لتعذّر الإلحاق بها دون الزوج، وتعذّر قبول قولها على الزوج. وعن أحمد[٤]: روايتان كالوجه الأول والثالث.

وإذا قبلنا استلحاقها ولها زوج، ففي اللحوق به وجهان[٥]:

---

(١) في (هـ): (الوطء بالنكاح).

(٢) كذا في (ز)، وفي (ط العلمية) وغيرها: (وأظهرهما).

(٣) وأيضاً: لأن فيه حمل نسب الغير على الغير، وهو لا يجوز بغير بينة. انظر: «المبسوط» (١٠/ ٢١٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٠).

(٤) وله رواية ثالثة أيضاً: إن كان لها إخوة ونسب معروف، لم تُقبل دعواها، لأن ولادتها لا تخفى عليهم. وإن لم يكن، قُبلت. انظر: «الكافي» (٢/ ٣٦٧)، «الإنصاف» (٦/ ٤٥٣ - ٤٥٤).

(٥) أطلقهما في «التهذيب» (٤/ ٥٧٧).

أحدهما ـ ويُحكى عن أبي الطيب بن سلمة ـ: اللحوق، كما لو أقامت البيّنة.

وأصحهما ـ وهو الذي أورده المعظم ـ: المنع، وعليه بُني توجيه الوجهين الأخيرين[١]؛ لأنه يحتمل أنها ولدته من وطء شبهةٍ أو من زوجٍ آخر، فصار كما لو استلحق الرجل وله زوجة، فإنه لا يلحقها[٢].

واستلحاق الأَمَة كاستلحاق الحرّة إذا جوّزنا استلحاق العبد[٣]، فإن قبلناه، فهل نحكم برق الولد لمولاها؟ أثبت صاحب «التهذيب»[٤] فيه وجهين، والذي ذكره ابن الصباغ وتابعه المتولي: المنع.

* * *

(١) في (ط العلمية): (القولين الأخيرين)، وفي (ظ): (القولين الآخرين).

(٢) من قوله: (فصار كما) إلى هنا زيادة في (ي)، (هـ)، (ظ).

(٣) قوله: (استلحاق العبد) سقط من (هـ).

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥٧٧).

قال:

(وإن تداعى اثنانِ مولوداً لم يُقدَّمْ حُرٌّ (ح و) على عبد، ولا مسلمٌ على كافر؛ بل يُعرَضُ على القائف[١]، فإن لم يوجد: يُقالُ له بعدَ البلوغ (و): «والِ[٢] مَن شئت»، ويُعوَّلُ فيه على مَيلِ الجِبلّة، فلو رجعَ عن اختيارِه لم يُمكَّن. ولو وُجِدَ بعدَه قائف قُدِّمَت القِيافةُ على اختيارِه، فإن قامَت بيّنةٌ قُدِّمَت البيّنةُ (و) على حُكم القائف.

وإن أقامَ رجلان بيّنةً على نسبِ مولود تهاتَرَتا[٣] على قول، وأُقرِعَ بينَهما على قول، ويبقى مُجرَّدُ الدعوى. ولا يُقدَّمُ صاحبُ اليدِ إن كان يدُه عن التقاط. وإن لم يكن عن التقاطٍ وكان قد سبقَ استلحاقُه قُدِّمَ على مَنْ يستلحقُه مِن بعد، وإن لم يُسمَع استلحاقُه إلا عندَ دعوى الثاني. وفي تقديمِه بمُجرَّدِ اليدِ خلاف).

تكلمنا فيما إذا استلحق اللقيط[٤] شخص واحد. أما إذا ادّعى نسبه اثنان، ففيه صور:

إحداها: لو كان أحدهما حرًّا والآخر عبداً؛ فإن لم نقبل استلحاق العبد ألحقناه

---

(١) يشترط أن يكون القائف: مسلماً، عاقلًا، بالغاً، وأن يكون حراً، على المذهب، وأن يكون مجَرباً معروفاً بالقافة. انظر: «التهذيب» (٨/ ٣٤٧ – ٣٤٨).

(٢) في (هـ): (اختر).

(٣) تهاترت: يقال تهاترت البينتان، أي سقطتا وبطلتا، من التهاتر والهتر بالكسر الباطل والسقط من الكلام، والقول الذي ينقض أو يُكذب بعضه بعضاً. انظر: «تاج العروس» فصل الهاء، باب الراء (٣/ ٦١٠) (هتر)، «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٣) (الهتر).

(٤) قوله: (اللقيط) سقط من (هـ).

بالحر، وإلا فهما سواء؛ لأن كل واحد منهما أهل لو انفرد، فأشبها الحُرّين[١]. فيجوز أن يعلم قوله: (حرٌّ على عبد)، بالواو؛ لأن المذكور جواب على قبول استلحاق العبد.

وعند أبي حنيفة[٢]: الحرُّ أولى من العبد.

الثانية: لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً فهما سواء[٣]؛ لاستوائهما في الاستلحاق وجهات النسب[٤].

وقدم أبو حنيفة[٥]: المسلم.

وأعلم قوله في الكتاب: (لم يقدم)، بالحاء؛ لمذهبه في الصورتين.

الثالثة: لو اختص أحد المتداعيين باليد، نُظر: إن كان صاحب اليد هو الملتقط، لم يقدم؛ لأن اليد لا تدل على النسب. ولكن إن استلحقا معاً ولا بينة، فيعرض الولد معهما على القافَة، كما سنذكر. وإن استلحقه الملتقط أولاً، وحكمنا بالنسب، ثم ادّعاه آخر[٦]، ذكر الشافعي رضي الله عنه[٧]: أنه يُعرض مع الثاني على القائف. فإن

---

(١) وحينئذ يُرى القائف. «التهذيب» (٤/ ٥٧٦).

(٢) وذلك: لأن الحر أنفع للقيط من العبد. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٩)، «المختار» و«الاختيار» (٣/ ٣١).

(٣) «ويُرى القائف» «التهذيب» (٤/ ٥٧٦).

(٤) في (ط العلمية): (استلحاق النسب)، وفي (ي)، (هـ)، (ظ): (الإلحاق).

(٥) يُقدم المسلم، لأن اللقيط محكوم له بالإسلام، فالمسلم أحق بحفظه. ولأن المسلم يعلمه أحكام الإسلام، والكافر يعلمه أحكام الكفر. والمسلم أنفع له حيث يتخلق بأخلاق المسلمين. انظر: «المبسوط» (١٠/ ٢١٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٩)، «المختار» ومعه «الاختيار» (٣/ ٣١).

(٦) انظر: «الحاوي» (٩/ ٤٩٤ – ٤٩٥)، «التهذيب» (٤/ ٥٧٥).

(٧) انظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

نفاه عنه، بقي لاحقاً بالملتقط باستلحاقه وإن ألحقه بالثاني، عُرِض مع الملتقط عليه. فإن نفاه عنه فهو للثاني، وإن ألحقه به أيضاً[١]، فقد تعذّر العمل بقول القائف، فيوقف.

وإن كان صاحب اليد غير الملتقط، فقد حكى الإمام[٢] وتابعه المصنف: أنه إن كان قد استلحقه وحكم بالنسب له، ثم جاء آخر وادعى نسبه، لم يلتفت إليه؛ لثبوت النسب من الأول، معتضداً باليد، وتصرف الآباء في الأولاد.

وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه، ففيه وجهان:

أحدهما: تقديم صاحب اليد، كما لو[٣] تقدم استلحاقه.

وأشبههما: التساوي؛ لأن الغالب من حال الأب أن يذكر نسب ولده ويشهره، فإن لم يفعل صارت يده كيد الملتقط في أنها لا تدل على النسب.

الرابعة: إذا تساويا ولا بيّنة، عرض الولد على القائف، فبأيهما ألحقه لحقه. والقول في مستند القيافة وأحكامها[٤] له باب مفرد.

فإن لم يوجد القائف، أو تحيّر فيه، أو ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، تُرك اللقيط حتى يبلغ. فإذا بلغ، أُمر بالانتساب إلى أحدهما، ولا ينتسب بمجرد التشهي، بل يعول فيه على ميل الطبع الذي يجده الولد إلى[٥] الوالد، والقريب إلى القريب، بحكم الجبلّة.

---

(١) قوله: (أيضاً) سقط من (هـ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٤٨).

(٣) قوله: (لو) سقط من (هـ)، (ظ)، وفي (ط العلمية): (لم).

(٤) قوله: (وأحكامها) سقط من (هـ).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (على).

وفيه وجه: أنه لا يشترط البلوغ، بل يرجع إلى اختياره إذا بلغ سن التمييز، كما يخيّر حينئذ بين الأبوين في الحضانة. والمذهب: الأول[١].

وفرقوا بأن اختياره في الحضانة لا يلزم، بل له الرجوع عن الاختيار الأول. وهاهنا إذا انتسب إلى أحدهما، لزمه ولم يُقبل رجوعه، والصبي ليس من أهل الأقوال[٢] الملزمة.

وعليهما النفقة لمدة الانتظار، فإذا انتسب إلى أحدهما رجع الآخر عليه بما أنفق، ولو لم ينتسب إلى واحد منهما؛ لفقد الميل، بقي الأمر موقوفاً. ولو انتسب إلى غيرهما[٣]، وادعاه ذلك الغير، ثبت نسبه منه.

وفيه وجه[٤]: أنه إن كان الرجوع[٥] إلى انتسابه؛ بسبب إلحاق القائف بهما جميعاً، لم يُقبل انتسابه إلى غيرهما.

وإذا انتسب إلى أحدهما؛ لفقد القائف[٦]، ثم وُجد، عرضناه عليه: فإن ألحقه بالثاني، قدّمنا قوله على الانتساب؛ لأنه حجة أو حكم. وعن أبي إسحاق فيما رواه القاضي ابن كج[٧]: أن الانتساب مقدّم على قول القائف. قال: وعلى هذا، فمهما

---

(١) وقطع به في «الحاوي» (٩/ ٤٩٥)، و«التهذيب» (٤/ ٥٧٥).

وقال الشافعي: «فإن قالوا: «إنه ابنهما»، لم ننسبه إلى أحدهما حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء منهما». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٢) في (ط العلمية): (الأموال).

(٣) من قوله: (ولو لم ينتسب) سقط من (هـ).

(٤) أطلق الوجهين في «الحاوي» (٩/ ٤٩٦).

(٥) في (هـ): (وجه: إن الرجوع).

(٦) من قوله: (بهما جميعاً) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) قوله: (القاضي ابن كج) سقط من (ط العلمية).

ألحقه القائف بإحداهما، فللآخر أن ينازعه ويقول: «ينتظر حتى يبلغ، فينتسب إلى من يميل إليه».

ولو ألحقه القائف بأحدهما، ثم أقام الآخر بيّنة: قدّمت البينة على قوله؛ لأن البينة حجة يعتمد عليها في كلّ خصومة[1]، وقول القائف وإن كان مقبولًا، فمستنده حدس وتخمين. وعن أبي الحسين: أن بعض الأصحاب قال: لا يُنقض ما حكم به، ولا يعمل بالبيّنة.

ولو تداعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول آخر، ولا بيّنة، وفرّعنا على أن استلحاق المرأة مقبول، ففي عرض الولد معهما على القائف وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن معرفة الأمومة يقيناً بمشاهدة الولادة ممكنة.

وأصحهما ـ وقد نصّ عليه ـ: أنه يعرض؛ لأن قول[2] القائف حجة أو حكم فكان كالبيّنة. وعلى هذا تنبني تجربة القائف وامتحانه على ما سيأتي بيانه[3] في بابه إن شاء الله تعالى.

وإذا ألحقه القائف بإحداهما وهي ذات زوج، لحق زوجها أيضاً كما لو قامت البيّنة.

وحكى الإمام[4] وجهاً آخر: أنه لا يلحقه؛ لأن قول القائف لا يصلح للإلحاق بالمنكر، ألا ترى أن القائف لا يلحق المنبوذ بمن لا يدّعيه.

---

(١) «والقيافة ظن» «التهذيب» (٤/ ٥٧٥).

(٢) قوله: (قول) سقط من (ط العلمية).

(٣) قوله: (بيانه) سقط من (ي)، (ز)، (ظ).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٥٠-٥٥١).

الخامسة: إن أقام كل واحد منهما بيّنة على نسبه، وتعارضتا، ففي التعارض في الأملاك قولان:

أظهرهما: التساقط، وعلى هذا فيتساقطان هاهنا أيضاً ويرجع إلى قول القائف، أو[١] لا يتساقطان وترجح إحداهما بقول القائف.

وعن صاحب «الحاوي»[٢] رواية العبارة الثانية عن ابن أبي هريرة، والعبارة الأولى عن أبي إسحاق وهي الأشهر، على أن أصل العرض[٣] لا يختلف.

والثاني: أنهما يستعملان، إما بالتوقف أو بالقسمة أو بالقرعة، على ثلاثة أقوال معروفة، ولا سبيل إلى التوقف هاهنا؛ لما فيه من الإضرار بالطفل، ولا إلى القسمة؛ فلا مجال لها في النسب.

وأما الإقراع ففيه وجهان:

إحداهما ـ ويحكى عن الشيخ أبي حامد ـ: أنه يجري هاهنا، فيُقرع، ويُقدَّم من خرجت قرعته. وهذا ما أورده في الكتاب.

وثانيهما ـ وبه قال القاضي أبو الطيب والأكثرون ـ: المنع؛ لأن القرعة لا تعمل في النّسب. وهذا ما أورده الإمام[٤] وصاحب «التهذيب»[٥].

---

(١) في (ط العلمية): (وقيل).
(٢) «الحاوي» (٩/ ٤٩٥).
(٣) كذا، وفي (ز): «الغرض» أو «الفرض». (م ع).
(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٥٠).
(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٧٥).

ولو اختصّ أحدهما باليد، لم ترجّح بينته باليد، بخلاف الأملاك حيث[١] تقدّم فيها بيّنة ذي اليد؛ لأن اليد تدُلُّ على الملك.

وفي «الإفصاح» للمسعودي، و«أمالي أبي الفرج الزاز»: أنه لو أقام أحدهما البيّنة على «أنه في يده منذ سنة»، والثاني على «أنه في يده[٢] منذ شهرين»، وتنازعا في نسبه، فالتي هي أسبق تاريخاً أولى وصاحبها مقدم.

لكن هذا كلام غير مُهذّب؛ فإن ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب. وإن فُرض تعرّض البينتين لنفس النسب، فلا مجال فيه للتقدم والتأخر.

وإن شهدتا على الاستلحاق، فيبنى على أن الاستلحاق من شخصٍ، هل يمنع غيره من الاستلحاق بعده؟ وقد مرّ.

وإن كان التداعي بين امرأتين، وأقامت كل واحدة منهما البيّنة، قال الشافعيُّ رضي الله عنه: «أريته القافة معهما، فبأيتهما ألحقته لحقها، ولحق زوجها»[٣]، فمن الأصحاب من قال: هذا جواب على قول الاستعمال، وترجيحٌ بقول القائف، كما يرجّح في الأملاك بالقرعة. وهذا يوافق ما مرّ من حكايته عن الشيخ أبي حامد[٤]، وعلى هذا فيلحق الزوج لا محالة؛ لأن الحُكم بالبيّنة.

ومنهم من قال: إنه جوابٌ على قول التّهاتر وكأنه لا بيّنة، فيرجع إلى قول القائف. وعلى هذا، ففي لحوق الزوج ما سبق من الوجهين.

---

(١) في (ط العلمية): (كما)، وفي (هـ): (حيث ترجح).

(٢) قوله: (في يده) سقط من (ي).

(٣) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) في (هـ): (ابن أبي هريرة).

ولنرجع إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب:

قوله: (بل يعرض على القائف)، معلم بالحاء؛ لأن أبا حنيفة[١] رحمه الله، قال: لا أعرف القائف. وقوله: (بعد البلوغ)، بالواو؛ لما سبق.

وقوله: («والِ من شئت»)، هذه اللفظة منقولة عن عمر رضي الله عنه، قالها لغلام ألحقَه القائف بالمتنازعين معاً[٢].

وقوله: (قُدّمت القيافة)، وقوله: (قدّمت البيّنة)، مرقومان بالواو.

وقوله: (تهاترتا، أو أقرع[٣] بينهما على قول[٤])، أي: تهاترتا على قولٍ، وأقرع بينهما على قولٍ.

ويجوز إعلام: (وأقرع): بالواو[٥]؛ للوجه الذي أورده الأكثرون.

وقوله: (ويبقى مُجرّدُ الدعوى)، أي: على[٦] قول التهاتر، وإن كان هذا الكلام موصولاً بذكر الإقراع.

وقوله: (ولا يُقدّمُ صاحبُ اليد)، يعني[٧] إذا تعارضت دعواهما ولا بيّنة، على ما تبيّن في الصورة الثالثة.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤٤، ٢٥٢).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ص٥٢٥ – ٥٢٦ (١٤١٨). والشافعي في «مسنده» من كتاب الدعوى والبينات ص٣٣٠.

(٣) فيما تقدم من متن «الوجيز»: «تهاترتا وأقرع». (م ع).

(٤) قوله: (على قول) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (بالواو) زيادة في (هـ).

(٦) قوله: (على) سقط من (ط العلمية).

(٧) قوله: (يعني) سقط من (هـ).

فأمّا إذا أقاما البيّنة على دعواهما[١]، فلا يُقدَّم صاحب اليد إن كان ملتقطاً أو غيره.

فرعان:

أحدهما: ألحقه القائف بأحدهما، ثم ألحقه بالثاني: لم ينقل إليه؛ إذ الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد[٢].

الثاني: وصف أحد المتداعيين خالاً[٣] أو أَثَر جراحة أو نحوه[٤] بظهره أو بعض أعضائه الباطنة وأصاب، لا يُقدّم جانبه.

وعن أبي حنيفة[٥] ـ فيما رواه الشّيخ أبو حامد في آخرين ـ: أنه يُقدّم، ويثبت النّسب به.

ومن الأصحاب من أقام هذا الخلاف فيما إذا تنازعا في الالتقاط، وقال كل واحد منهما: «أنا الذي التقطته».

لنا: القياس على الأملاك المتنازعة إذا وصفها أحدهما، وعلى اللقطة[٦].

---

(١) قوله: (على دعواهما) سقط من (ز)، (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٥). وقوله: (الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد)، قاعدة فقهية. انظر: «الأشباه والنظائر» (السيوطي) ص٩١.

(٣) في (ز)، (ط العلمية): (حالًا).

والخال هو: شامة سوداء في البدن. وقيل: نكتة سوداء فيه. وقيل: بثرة في الوجه تضرب إلى السواد. والجمع خيلان بالكسر. انظر: «تاج العروس» فصل الخاء، باب اللام (٧/ ٣١٣) (خيل).

(٤) قوله: (أو نحوه) زيادة في (ط العلمية).

(٥) وهذا لأن الحكم بالعلامة يجوز، حيث ورد في القرآن الكريم العمل به عن الأمم السابقة في قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ الآية [يوسف: ٢٦]، ولم يرد نسخه، فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتدأة. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٩)، «الاختيار» (٣/ ٣٠).

(٦) لأنه لما لم يجز أن تُدفع اللقطة بالصفة، فالنسب أولى أن لا يثبت بالصفة. «الحاوي» (٩/ ٤٩٦).

قال:

(ولو تنازعا في الحضانةِ بحُكم الالتقاط فصاحبُ اليدِ أَولى. فإن تعارضَتْ البيِّنتان؛ تساقطتا على قول[١]، (و) وأُقرِعَ بينَهما على قول. ولا وجهَ للقسمةِ ولا للتوقُّف؛ فإنّ الصبيَّ لا يحتملُ ذلك).

الغرض الآن: الكلام فيما إذا تنازع اثنان في الالتقاط وولاية الحفظ والتعهد: وهذا النِّزاع، إن كان قبل الأخذ، أو عندما أخذاه، فقد سبق حكمه. وإن قال كل واحد منهما: «أنا الملتقط، وأنا الذي عليّ حفظه»، فإما أن يختص أحدهما باليد، أو لا يختص، إن اختصّ والآخر يقول: «إنه[٢] أخذه منِّي»، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه؛ فإنها تشهد لقوله. وإن أقام كل واحد منهما بيّنة، فبيّنة صاحب اليد مُقدّمة.

وإن لم يختص أحدهما باليد، فيُنظر: إن لم يكن في يد واحد منهما، فهو كما لو أخذاه معاً وتشاحّا في حفظه، فيجعله الحاكم عند من يراه منهما[٣] أو من غيرهما. وإن كان في أيديهما، فإن نكلا أو حلفا فالحكم كما ذكرنا فيما إذا ازدحما على الأخذ وهما متساوقان[٤] [٥] متساويا الحال.

وإن حلف أحدهما دون الآخر، خُصّ به، وسواءٌ كان في يدهما[٦] أو لم يكن في يد واحدٍ منهما. فلو أقام كلّ واحدٍ منهما البيّنة على ما يدّعيه، نُظر: إن كانت

(١) قوله: (على قول) سقط من (ط العلمية).

(٢) قوله: (إنه) زيادة في (ي)، (ط العلمية).

(٣) قوله: (منهما) سقط من (ط العلمية).

(٤) المقصود بالتساوق هنا: المقارنة والمعية كما قال الفيومي. وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك فيما سلف (٩/ ١٦٨). انظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٩٦) (سقت).

(٥) قوله: (متساوقان) زيادة في (ي)، (ز).

(٦) من قوله: (فإن نكلا) إلى هنا سقط من (ظ).

البينتان مطلقتين، أو مقيّدتين بتاريخ واحد[١]، أو إحداهما مطلقة والأخرى مقيّدة، فهما متعارضتان. فإن قلنا: بالتهاتر فكأنه لا بينة، وإن قلنا بالاستعمال لم يجئ قول الوقف ولا قول القسمة، ويجيء قول القرعة، فنقرع ويُسلّم إلى من خرجت قرعته. وإن قيّدتا بتاريخين مختلفين، حُكم لمن سبق تاريخه، بخلاف المال؛ حيث لا يُحكم بسبق التاريخ في أصح القولين[٢].

وفرقوا بأنّ أمر الأموال مبنيّ على الانتقال، فربما انتقل عن الأول إلى الثاني، وليس كذلك الالتقاط، فإنه لا ينتقل ما دامت الأهلية باقية. فإذا ثبت السّبق، لزم استمراره.

قال الشيخ أبو الفرج الزاز: هذا إذا قلنا: إنّ من التقط اللّقيط ثم نبذه لم يسقط حقّه، فإن أسقطناه فهو على القولين في الأموال؛ لأنه ربما نبذه الأول فالتقطه غيره. وهذا حسنٌ.

ويتفرّع على تقديم البيّنة المتعرضة للسبق: ما إذا[٣] كان اللقيط في يد أحدهما، وأقام من هو في يده البيّنة، وأقام الآخر البيّنة على «أنه كان في يده، وانتزعه منه صاحب اليد»، تُقدّم[٤] بيّنة مدّعي الانتزاع؛ لإثباتها السّبق.

❊ ❊ ❊

---

(١) قوله: (واحد) سقط من (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٤ – ٥٧٥).

(٣) في (ي)، (ط العلمية): (إذا لو).

(٤) في (ط العلمية): (فقدم).

قال رحمه الله:

(الحُكم الرابع: رِقُّه وحُرِّيّتُه: وله أربعُ أحوال:

الحالة الأولى: إذا لم يدَّعِ أحدٌ رِقَّه: فالأصلُ الحُرّيّة، ويُحكَمُ بها في كلِّ ما يُلزِمُ غيرَه شيئاً؛ فنُملِّكُه[1] المال، ونُغرِّمُ مَن أتلفَ عليه، وميراثُه لبيتِ المال، وكذلك أرشُ جِنايتِه في[2] بيتِ المال[3]، وإن قتلَه عبدٌ قُتِلَ به[4] (و). وإن قتلَه حُرّ؛ فقد قيل: يجبُ القِصاص، وقيل: يسقطُ بالشُّبهةِ واحتمالِ الرّقِ وتبقى الدِّية، وقيل: يجبُ أقلُّ الأمرَينِ من الدِّيةِ أو القيمة؛ فإنه المُستَيقَن[5]).

من أحكام اللقيط: الرق والحرية:

واللقيط لا يخلو: إما أن يُقرَّ على نفسه بالرق في وقت اعتبار الإقرار، أو لا يُقر. وعلى التقدير الثاني، فإما أن يدّعي رقه مدّع، أو لا يدعيه أحد وعلى التقدير الأول، فإما أن يقيم عليه بينة، أو لا يُقيم. فيخرج من هذا التقسيم أربع أحوال، كما ذكر في الكتاب.

الأولى: ألا يقرّ ولا يُدَّعى رقّه: فظاهر حاله الحرّية؛ لأن الآدميين خُلقوا ليُسخِّروا

---

(١) في (ز)، (هـ): (فيملك).

(٢) في (ز)، (هـ): (من).

(٣) قوله: (في بيت المال) سقط من (ظ).

(٤) قوله: (به) زيادة في (ط العلمية).

(٥) في (هـ): (المتيقن).

لا ليُسخَّروا. وأيضاً: فأغلب الناس أحرار. وأيضاً: فإن الأحرار هم[١] أهل الدار، والأرقاء مجلوبون إليها ليسوا من أهلها، فكما نحكم بالإسلام بظاهر الدار، نحكم بالحرية.

وقد ذكرنا: أن من الأصحاب من لا يجزم بالإسلام، ويذهب إلى التوقف، وذلك التردّد ـ فيما حكاه الإمام[٢] ـ يجري في الحرية[٣]، وهي أولى بالتردد من[٤] الإسلام؛ لقوّة الإسلام، واقتضائه الاستتباع[٥]، ولذلك يتبع الولد أيّ الأبوين كان في الإسلام دون الحرية، ويتبع المسبي السابي في الإسلام[٦] دون الحرية.

ثم ذكر تفصيلاً متوسطاً ينحل من مقالات الأصحاب في المسائل المبنية على هذا الأصل، وهو: أنا نجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئاً، فإذا انتهى إليه تردّدنا إن لم يعترف الملتزم بحرّيته.

وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب[٧] بقوله: (فيُحكم بها في كلّ ما يلزم غيره شيئا)، فيخرج من ذلك أنّا نحكم له[٨] بالملك فيما يصادفه معه جزماً.

وإذا أتلفه عليه متلف، أخذنا الضمان وصرفناه إليه؛ لأن المال المعصوم مضمون على المتلف، فليس أخذ الضّمان بسبب الحرّية حتى يأتي فيه التردد. وإذا

---

(١) قوله: (هم) سقط من (ط العلمية).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٥٨).

(٣) قال الشافعي: «وهو في معنى الحر حتى يبلغ فيقر» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧). قال الماوردي: «لا نقطع بحرية اللقيط، ولا نغلب فيه أحكام العبد» «الحاوي» (٩/ ٤٨٩).

(٤) في (ط العلمية): (في).

(٥) في (ي): (إلى الاستتباع)، وفي (ط العلمية): (للاستتباع).

(٦) من قوله: (أي الأبوين) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) وكذا قال في «الوسيط» (٤/ ٣٢٠).

(٨) قوله: (له) سقط من (هـ).

أخذناه فلا غرض[١] للمتلف في أن يصرفه إلى اللقيط أو لا يصرفه[٢].

وقوله: (وميراثه لبيت المال، وكذلك أرش جنايته في بيت المال)، هذا قد ذكره مرّة[٣] في أول الحكم الثاني، وكأن الغرض من[٤] إعادته هاهنا، بيان أنه كما لا يمتنع ذلك بالتردد في إسلامه، لا يمتنع بالتردد في حريته.

قال الإمام[٥]: ويحتمل أن يخرّج على التردد المذكور؛ لأن مال بيت المال معصوم مضمون به لا يُبذل إلا عن تحقيق.

وإذا قُتل اللقيط، فقد نقلنا[٦] في وجوب القصاص قولين، واختلاف الأصحاب[٧] في مأخذهما. وينضم إليهما[٨]: التردد في الحرية: فمن لا يجزم القول بإسلامه وحريته، لا يوجب القصاص على الحر المسلم بقتله، ويوجبه على الرقيق الكافر. ومن يجزم[٩] بهما، يُخرج وجوب القصاص بكلّ حال على القولين؛ بناء على أنه ليس له وارث معيّن.

وإن قتل خطأ: فالواجب الدّية في أظهر الوجهين؛ أخذاً بظاهر الحُرّية. وأقلّ

---

(١) في (هـ)، و(ط العلمية): (عوض).

(٢) قوله: (أو لا يصرفه) سقط من (هـ).

(٣) قوله: (مرّة) سقط من (هـ).

(٤) في (هـ): (في).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٠).

(٦) في (هـ): (ذكرنا).

(٧) قوله: (الأصحاب) سقط من (هـ).

(٨) في (ط العلمية): (مأخذها): (إليها).

(٩) في (هـ): (يخرّج).

الأمرين من الدّية أو القيمة في الثاني؛ بناء على أن الحرية غير مستيقنة، فلا يؤاخذ الجاني بما لا يستيقن شغل ذمّته به. قال الإمام[1]: وقياس هذا، أن يوجب الأقلّ[2] من قيمته عبداً أو دية مجوسي؛ لإمكان الحمل على التمجّس.

والخلاف كالخلاف[3] فيما إذا قذفه بعد البلوغ قاذف، وادّعى رقّه، هل يُحدُّ؟ وقد يرتّب الخلاف في القصاص على[4] الخلاف في الدية، فيقال: إن لم نُوجب الدّية، فالقصاص أولى. وإن أوجبناها، ففي القصاص وجهان؛ لسقوطه بالشبهة.

وإذا جمع بينهما، حصل ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب، ثالثها: وجوب الدية دون القصاص.

وقوله: (وإن قتله عبدٌ قُتل به. وإن قتله حرٌّ) إلى آخره، ينبني على وجوب القصاص بقتل من لا وارث له.

فإن لم نوجب، فلا فرق بين أن يكون القاتل عبداً أو حراً، فيجوز أن يُعلم قوله: (قُتل)، بالواو.



(١) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦١).

(٢) في (هـ): (أقلّ الأمرين).

(٣) قوله: (كالخلاف) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (الخلاف في القصاص على) سقط من (هـ).

قال:

(الحالة الثانية: أن يُدّعى رِقُّه[١]، فلا يُقبَلُ بمُجرَّدِ الدعوى مِن غيرِ صاحبِ اليد، ولا مِن صاحبِ اليدِ إذا كانت يدُه عن التقاط، وإن لم يكن فيُحكَمُ (و) له بالرِّقِّ ظاهراً، فإن بلغَ وأنكر ففي انتفاءِ الرِّقِّ وجهان).

الحالة الثانية: أن يدّعى رقُّه[٢] ولا بينة، ومن ادّعى رقّ صغير لا تتيقّن حريته، سمعت دعواه؛ لإمكانها.

ثم لا يخلو: إما أن يكون الصغير في يده، أوْ لا يكون؛ إن لم يكن في يده لم يقبل قوله[٣]، واحتاج إلى البيّنة؛ لأن الظاهر الحرّية فلا يُترك إلا بحجة، بخلاف دعوى النّسب؛ لأن في قبولها مصلحة للطفل، وإثبات حقٍّ له، وهاهنا في القبول إضرار به وإثبات رقٍّ عليه. ولأنه لا نسب له في الظاهر، فليس في قبول قول المدعي ترك أمر ظاهر، والحرية محكوم بها ظاهراً.

وإن كان الصّغير في يده، فاليد، إما التي عرفنا استنادها إلى التقاط المنبوذ، وإما غيرها. إن كانت الأولى: ففيها قولان:

أحدهما: أنه يُقبل قوله، ويحكم له بالرِّق، كما في غير يد الالتقاط، وكما لو التقط مالاً وادعى «أنه له» ولا منازع، يُقبل قوله، حتى يجوز شراؤه منه.

---

(١) في الأصل: (يدعي رقَّه).

(٢) في الأصل: (يدّعي رقه).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣٢١)، «التهذيب» (٤/ ٥٧٨)، «المهذب» (١٥/ ٣٠٦).

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب[1] ـ: أنه لا يُقبل قوله، ويحتاج إلى البينة؛ لأن الأصل الحرّية، فلا يخالف بمجرد الدعوى.

ويخالف ما إذا كانت اليد لا[2] عن التقاط، كما سيأتي. وما إذا ادعى ملك المال الملتقط؛ لأن المال مملوك وليس في دعواه تغيير صفة المال، واللقيط حرٌّ ظاهراً وفي دعواه تغيير هذه الصفة.

وإن كانت الثانية: فيُحكم لصاحبها بالرق الذي يدّعيه[3]؛ لأن الظاهر أنّ من في[4] يده وهو متصرف فيه تصرف السّادات في العبيد، ملكه[5]، ولم يعرف حدوثها لسبب لا يقتضي الملك.

ولا فرق بين أن يكون الصغير مميزاً أو غير مميز، مُقراً أو منكراً على أصح الوجهين.

والثاني ـ ويحكى عن أبي إسحاق ـ: أنه إن كان[6] مميزاً منكراً[7]، احتاج المدّعي إلى البيّنة؛ لأنّ لكلامه حُكماً، واعتباراً في الجملة.

---

(١) كذا ذكره في «الوسيط» (٤/ ٣٢١)، وقطع به أبو إسحاق الشيرازي «المهذب» (١٥/ ٣٠٧)، وكذا قطع به الماوردي، وقال: «والذي أراه أولى: أن انتزاعه من يده واجب، لأنه قد خرج بدعوى رقه من الأمانة في كفالته» «الحاوي» (٩/ ٥٠٦).

(٢) قوله: (لا) سقط من (هـ).

(٣) «مع اليمين» «المهذب» (١٥/ ٣٠٧).

(٤) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٥) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٧٨).

(٦) قوله: (كان) سقط من (ي).

(٧) من قوله: (على أصح) إلى هنا سقط من (هـ).

قال الشيخ أبو عليّ: والوجهان مبنيان على الوجهين في المولود إذا ادّعاه اثنان ولا قائف، هل يؤمر بالانتساب لسن التمييز أم يُنتظر إلى أن يبلغ، وفي الخنثى المُشكل هل يراجع لسن التمييز أم ينتظر البلوغ؟

ثم يحلف المدعي والحالة هذه؛ لخطر شأن الحرية. وهو واجب أو مستحب؟ فيه خلاف. والأول هو الذي يُحكى عن النصّ.

ثم إذا بلغ الصبي وأقرّ بالرق لغير صاحب اليد، لم يُقبل. وإن قال: «أنا حرّ»، فوجهان:

أحدهما[1] ـ وبه أجاب ابن الحدّاد ـ: أنه لا يُقبل قوله، إلا أن يقيم بيّنة على الحرية؛ لأنا قد حكمنا برقه في حال الصِّغر، فلا يرفع ذلك الحكم إلا بحجة، لكن له تحليف السيد. قاله في «التهذيب»[2].

والثاني ـ وبه قال أبو علي الثقفي[3] ـ: أنه يُقبل قوله، إلا أن يقيم المدّعي للرق بينة على رقه؛ لأن الحكم بالرق إنما جرى حين لا قول له ولا منازعة، فإذا صار معتبر القول فلا بدّ من إقراره أو البيّنة عليه، كما لو ادعى مدّع رقّ بالغ، وهما كالوجهين فيما إذا استلحق صغيراً، فبلغ وأنكر.

---

(١) في (ز): «أصحهما». (م ع).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٧٨). وكذا قاله الماوردي وقطع به في «الحاوي» (٩/ ٥٠٥).

(٣) أبو علي الثقفي: أبو علي، محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن الثقفي الحجاجي. من نسل الحجاج بن يوسف. قال ابن سريج: ما جاءنا من خراسان أفقه منه، تفقه على محمد بن نصر المروزي وابن خزيمة. ولد سنة (٢٤٤هـ)، وتوفي سنة (٣٢٨هـ). انظر: «طبقات الشافعية» (الإسنوي) (١/ ١٥٧ – ١٥٨) (٢٩٧)، «طبقات الشافعية» (الحسيني) ص٦٠ – ٦٢.

والوجهان في المسألتين مبنيّان عند الشيخ أبي علي والأئمة[١] على القولين فيمن حُكم بإسلامه بأحد أبويه أو بالسابي، ثم بلغ وأعرب بالكفر: يُجعل مرتدّاً[٢]

أو يجعل[٣] كافراً أصلياً، ويقال: إنه الآن صار من أهل القول، فيرجع إلى قوله ولا يُنظر إلى ما[٤] حكمنا به من قبل؟

فرعان:

أحدهما: رأى صغيراً في يد إنسان، يأمره وينهاه ويستخدمه، هل له أن يشهد له بالملك؟ عن أبي عليّ الطبريّ: أنه على وجهين. وعن غيره: أنه إن سمعه يقول: «هو عبدي»، أو سمع الناس يقولون: «إنه عبده»، شهد بالملك، وإلا فلا.

الثاني: صغيرة[٥] في يد إنسان يدّعي نكاحها، فبلغت وأنكرت؛ قُبل قولها، واحتاج المدّعي إلى البيّنة. وهل يُحكم في حال صغرها بالنكاح؟ عن ابن الحداد: أنه يُحكم. والأصح: المنع. وفرقوا بأنّ اليد في الجملة دالّة على الملك، ويجوز أن يولد المولود وهو مملوك، ولا يجوز أن تولد وهي منكوحة، فالنكاح طارئ بكل حال، فافتقر إلى البيّنة.

وقوله في الكتاب: (أن يُدّعى رِقُّه)، لا يمكن صرف الكتابة إلى اللقيط؛ لأنه لا ينتظم حينئذ التفصيل، والفرق بين أن يكون اليد عن التقاط أو لا عن التقاط. بل هي مصروفة إلى الصغير، وإن لم يجر له ذكر.

---

(١) قوله: (والأئمة) سقط من (هـ).

(٢) في (هـ): (هل يجعل مرتداً).

(٣) قوله: (يجعل) سقط من (هـ).

(٤) قوله: (ما) سقط من (ط العلمية).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (رأى صغيرة).

ويجوز أن يعلم قوله: (يُحكَمُ له بالرِّقِّ ظاهراً)، بالواو[١]؛ لأن القاضي ابن كجّ حكى وجهاً: أنّ دعوى الرق من صاحب اليد لا تقبل[٢] إلا بالبينة، وإن لم يكن يده عن التقاط.

قال:

(الثالثة: أن يُقيمَ المُدّعي بيّنةً على الرِّقِّ مُطلَقاً، ففيه ثلاثةُ أقوال؛ أحدُها: أنه يُسمَع؛ كبيّنةِ المال[٣]. والثاني: لا؛ لأنه ربما يَستَنِدُ إلى ظاهرِ يدِ الالتقاط. والثالث: أنه لا يُقبَلُ مِن المُلتقِط، ويُقبَلُ مِن غيرِه؛ لسقوطِ هذا الخيال.

فإن شرَطْنا التقييد؛ فالمُقيَّد[٤]: بأن يَستَنِدَ إلى شراءٍ أو إرثٍ أو سَبْي، أو يقول: «ولدَتْه مملوكتي على مِلكي». فإن اقتصرَ على قوله: «ولدَتْه مملوكتي»؛ فقد قيل: لا يكفي (و)؛ لأنه قد تَلِدُ المملوكةُ حُرّاً، والأصحّ: أنه يكفي؛ إذ القصدُ قطعُ احتمالِ الاستنادِ إلى ظاهرِ اليد).

الحالة الثالثة: أن يدّعي رقّه مدّع، أو يقيم عليه بينة، حيث يحتاج مدعي الرق إلى البينة كما فصلناه، فهل يكتفي بإقامة البينة على الرق أو الملك مطلقاً؟ فيه قولان:

أحدهما[٥]: نعم، كما لو شهدت البينة على الملك في دار أو دابة أو غيرهما

---

(١) قوله: (بالواو) سقط من (ط العلمية).

(٢) في (ط العلمية): (لا يمكن أن تقبل).

(٣) كذا في (ط العلمية)، وفي غيرها: (الأملاك).

(٤) في (ز)، (هـ)، (ظ): (فالتقييد). انظر: «الوجيز» (١/ ٢٥٨).

(٥) قوله: (أحدهما) سقط من (هـ).

من الأموال، يكفي الإطلاق. وهذا ما اختاره المزني[١]، ويُحكى عن نصِّه في «الدعاوى والبينات»[٢] وفي القديم.

والثاني ـ وهو المنصوص[٣] هاهنا ـ: أنه لا يكتفي بها؛ لأنّا لا نأمن أن يكون اعتماد الشاهد على ظاهر اليد، وتكون اليد يد التقاط. وإذا احتُمل ذلك واللقيط محكوم بحرّيته بظاهر الدار، فلا يُزال ذلك الظاهر إلا عن تحقيق، ويخالف سائر الأموال؛ لأن أمر الرّق خطيرٌ. وهذا أصح فيما ذكره الإمام[٤] وصاحب «التهذيب»[٥] والقاضي الروياني وآخرون.

ومنهم من رجّح الأول[٦]. وبه قال القاضي ابن كجّ والشّيخ أبو الفرج الزاز، ويؤيده أن من الأصحاب من قطع بالقول الأول ولم يثبت الثاني، وحمل نصّه هاهنا على الاحتياط.

ولمن قال به: أن يحتجّ بأن قيام البيّنة على مطلق المِلك ليس بأقل من دعوى غير الملتقط رقّ الصغير في يده[٧]، فإذا اكتفينا به، جاز أن يكتفي بالبينة على المِلك المطلق.

---

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٢) «الأم» (٦/ ٢٦٥).

(٣) قال الشافعي: «وإذا ادعى الرجلُ اللقيطَ أنه عبده، لم أقبل البينة حتى تشهد «أنها رأت أَمَةَ فلان ولدته»، وأقبل أربع نسوة. وإنما منعني أن أقبل شهوده أنه عبده، لأنه قد يرى في يده فيشهد أنه عبده». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦١-٥٦٢).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٧٨). وكذا رجحه الرافعي في «المحرر»، حيث قال: «أم يجب التعرض لسبب الملك؟ فيه قولان، أظهرهما: الثاني». «المحرر» (ص: ٢٥٤).

(٦) في (هـ): (القول الأول).

(٧) في (هـ): (والصغير في يده).

التفريع:

إن لم نكتف بالبينة المطلقة، شرطنا تعرّض الشهود لسبب الملك[١] من الإرث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها.

ومن الأسباب: أن يشهدوا[٢] «بأن أَمَتَهُ ولدته مملوكاً له»، فإن اقتصروا على «أن[٣] أمَته ولدته»، أو «أنه ولد أمته»، فالذي نقله المزني[٤] هاهنا: أنه يكفي.

وقال في «الدعاوى والبيّنات»[٥]: إن شهدت البينة «أنه ابن أمته ولدته[٦] في ملكه»، قبلت، فقال الأكثرون: فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يكفي ذلك؛ لأنه إذا اشترى جارية قد ولدت أولاداً، يصدق[٧] أن يُقال: «إن أمته ولدتهم»، وليسوا ملكاً له. وأيضاً: فإن أمته قد تلد حُراً بالشبهة، وفي نكاح الغرور[٨]. وقد تلد مملوكاً للغير بأن أوصى بحمل[٩] جاريته للغير[١٠]،

---

(١) قال الماوردي: «وذلك من أحد خمسة أوجه: إما ابتياع من مالك، أو هبة قبضها من مالك، أو ميراثٌ عن مالك، أو بسبيٍ سباه فملكه، أو ولدته أمته في ملكه». «الحاوي» (٩/ ٥٠٦).

(٢) في (ط العلمية): (يشهد).

(٣) قوله: (أن) سقط من (هـ).

(٤) لأنه رجّح ـ كما تقدّم ـ الاكتفاء بالبينة على مطلق الملك.

(٥) قال الشافعي: «ولو أن أحدهم قال: «هو ابني من أَمَة نكحتها»، لم يكن بهذا رقيقاً لرب الأمَة حتى يعلم أن الأمَة ولدته». «الأم» (٦/ ٢٦٥).

(٦) من قوله: (أو أنه) إلى هنا سقط من (هـ).

(٧) في (ط العلمية): (أولًا، فصدق).

(٨) نكاح الغرور: «كما لو تزوج رجل امرأة على أنها حرة فبانت أَمَة، فأولاده منها أحرار». انظر: «الأم» (٦/ ٢٧١).

(٩) في (هـ): (بولد).

(١٠) قوله: (للغير) سقط من (ي)، (ز).

ومات، فهي للوارث، والذي تلده للموصى له[١].

وأصحهما ـ على ما ذكره في الكتاب[٢] ـ: الاكتفاء به؛ لأن المقصود: العلم بأن شهادتهم لم تستند إلى ظاهر اليد، وقد حصل هذا الغرض. وأيضاً: فإنّ الغالب أن ولد أمَته ملكه. ومنهم من قطع بالقول الثاني، وجعل ما ذكره في «الدعاوى» تأكيداً.

ولو شهدت البينة «بأن أمته ولدته في ملكه»، فإطلاق الجمهور: الاكتفاء به. وقال الإمام[٣]: لا يُكتفى به[٤]؛ تفريعاً على وجوب التعرّض لسبب الملك؛ لأنه قد تلد أمته في ملكه حراً[٥] أو مملوكاً للغير على مابيّناه.

وهذا حقّ، ويشبه ألاّ يكون فيه خلاف، ويكون قولهم: «في ملكه»، مصروفاً إلى المولود[٦]، بمثابة قول القائل: «ولدته في مشيمته[٧]، لا[٨] إلى الولادة ولا إلى الوالدة»، وحينئذ لا فرق بينه وبين قولهم: «ولدته مملوكاً له[٩]».

وعلى القولين، تُقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين؛ لأن الغرض إثبات المِلك.

---

(١) في (ي): (فهو للوارث)، وفي (ط العلمية): (فهو للوارث، والذي يلده للموصى له).
(٢) وكذا قطع به الماوردي. «الحاوي» (٩/ ٥٠٧).
(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٤).
(٤) قوله: (به) سقط من (هـ).
(٥) مثال آخر غير ما تقدم: لو نكح الولد الفقير أمَة أبيه، فولده منها أحرار. انظر: «الأم» (٦/ ٢٦٩).
(٦) في (ط العلمية): (المولد).
(٧) المشيمة: محل الولد، أو غشاء ولد الإنسان. وأصله مَفْعِلة فسكنت الياء. والجمع مشيم ومشايم. ويقال لها من غير الإنسان السَّلَى. انظر: «تاج العروس» فصل الشين، باب الميم (٨/ ٣٦٢) (شيم)، «المصباح المنير» (١/ ٣٢٩ – ٣٣٠) (الشيمة).
(٨) قوله: (لا) سقط من (هـ).
(٩) قوله: (له) سقط من (هـ)، (ظ).

وإذا اكتفينا بالشّهادة على أنه ولدته أمَته، فنقبل من أربع نسوة أيضاً؛ لأنها شهادةٌ على الولادة، ثم يثبت المِلك في ضمنها، كما يثبت النسب في ضمن الشّهادة على الولادة.

ولو شهدت على «أنه ملكه ولدته أمته»[1]، فعن القاضي الحسين: أنه يثبت الملك[2] والولادة، وذكر الملك لا يمنع من ثبوت الولادة، ثم[3] يثبت الملك ضمناً لا بتصريحهنَّ.

ولو شهدت البينة لمدّعي الرق باليد، قال في «المهذّب»[4]: إن كان المدّعي الملتقط لم يُحكم له. وإن كان غيره فقولان.

وفي «الشامل» وغيره، ما هو أقوم وأحسن من هذا: وهو أن المدعي إذا أقام البينة على «أنه كان في يده قبل أن يلتقطه الملتقط»، قبلت، وثبتت يده، ثم يُصدّق في دعوى الرق؛ لما مرّ أن صاحب اليد على الصّغير إذا لم يعرف أنّ يده عن التقاط يُصدّق في دعوى الرق.

وبمثله أجاب صاحب «التهذيب»[5] فيما إذا أقام الملتقط بيّنة على «أنه كان في يده قبل أن التقطه». لكن روى القاضي ابن كجّ في هذه الصورة، عن النصّ: أنّه لا

---

(١) من قوله: (أيضاً) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) قوله: (الملك) سقط من (ز)، (ظ)، ومشطوب في (ي).

(٣) في (ظ): (بل).

(٤) «المهذب» (١٥/ ٣٠٧). وذكر أنه لا يحكم للملتقط، «لأنه قد عُرف سبب يده وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك، فلم يكن للشهادة تأثير».
والقولان: «أحدهما: يحكم له مع اليمين». «والثاني: لا يُحكم له».

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٧٨).

يُرقُّ حتى يقيم البيّنة على سبب المِلك؛ ووجهه: بأنه إذا اعترف[١] بأنه التقطه، فكأنه أقر له بالحرية ظاهراً، فلا تُزال إلا عن تحقيق.

جئنا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب:

قوله: (فيه ثلاثة أقوال)، يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة بالاكتفاء.

وقوله: (كبينة المال)، يعني في[٢] سائر الأموال، وإلا فالعبد مالٌ أيضاً.

وأمّا القول الثالث، وهو الفرق بين الملتقط وغيره في الاكتفاء بالبينة المطلقة، فهذا لا ذكر له في كتب الأصحاب، لكنه مخرّج مما ذكروه ومن كلام الإمام، لا بد من حكايته، وذلك أنه حكى فيما إذا ادّعى الملتقط رقه: القولين كما قدّمنا.

ثم قال: إنّ المزني لمّا نَقَلَ عن الشافعي رضي الله عنه اشتراط تقييد البيّنة[٣] على الملتقط، حكى نصاً آخر، وهو أنه قال: إذا التقط الرجل منبوذاً، وجاء آخر وقال: «هذا اللّقيط ملكي، كان في يدي قبل الالتقاط»، وأقام بيّنة على «أنه ملكه» مطلقاً، قُبلت الشهادة، ونظمهما قولين، واختار أحدهما[٤].

قال: وهذا مأخوذ عليه، فإن النّص الأول في الملتقط، والثاني في غير الملتقط[٥]، وليس في حق غير الملتقط يد التقاط حتى يحذر[٦] استناد الشهادة إليها، فقُبلت على إطلاقها.

---

(١) في (ط العلمية): (عُرف).

(٢) قوله: (في) سقط من (هـ)، (ظ).

(٣) في (ز)، (هـ): (البينة المطلقة).

(٤) قال المزني: «هذا خلاف قوله الأول، وأولى بالحق عندي من الأول». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٥) سيرد ذكر النصين قريباً.

(٦) في (ط العلمية): (يحدد).

وحاصله: أن البينة المطلقة يكتفى بها من غير الملتقط[1]، وفي الملتقط قولان[2]، والجمهور أثبتوا فيهما قولين بلا فرق[3]، فتولّد من النقلين قولٌ فارقٌ كما في الكتاب.

لكن في كلام الإمام[4] توقُّف في الموضعين:

أحدهما: أنه حمل ما نقله المزني أولاً على ما إذا ادعى الملتقط رقه، وليس في اللقيط ما يخصصه به؛ لأنه قال: قال الشافعي رضي الله عنه: «وإذا ادّعى رجل اللقيط: «أنه عبده»، لم أقبل البينة[5] حتى تشهد: «أنها رأت أمَة فلان ولدته»»[6] يعني المدّعي[7].

والثاني: أن لفظ النص الأخير، وقال في موضع آخر: «وإن أقام بينة: «أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط»، أرققته له»[8]، وليس فيه تعرُّض للمِلك.

إلا أنّ ما ذكره الإمام[9] من أن هذا النّص قول بقبول الشهادة على الملك مطلقاً، يوافقه كلام الأصحاب.

وكأنهم فهموا من قبول الشهادة على اليد الدّالة على مطلق المِلك، قبول الشهادة على مطلق المِلك بطريق الأولى.

---

(١) في (ط العلمية): (غيره)، وفي (هـ)، (ظ): (في).

(٢) في (هـ): (قولان مشهوران).

(٣) للماوردي في المسألة تفصيل أكثر، وبتنظيم آخر، ملخصه: أن ادعاء رق اللقيط إما قبل الالتقاط أو بعده. ويكون إما من الملتقط أو من الأجنبي.

والادعاء إما أن يكون مجرداً أو ببينة. والبينة إما مطلقة أو مفصلة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥٠٥ - ٥٠٨).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٠٧).

(٥) قوله: (البينة) سقط من (ط العلمية).

(٦) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧). (هذا النص في الملتقط).

(٧) قوله: (يعني المدّعي) سقط من (هـ).

(٨) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧). (هذا النصّ في غير الملتقط).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٣-٥٦٤).

لكن يتوّجه أن يقال: المِلك في صورة النّص غير ثابت بالبيّنة، وإنما ثبتت بها اليد، والإرقاق بقول صاحب اليد، كما تقدّم.

وقوله: (فالمقيّد: بأن يستند إلى شراء أو إرث أو سبي، أو يقول: «ولدته مملوكتي على ملكي)، هذا حكاية لفظ المدّعي، ثم الشّهود يُطبِّقون شهادتهم عليه، ولا يُفهم من هذا أن المدّعي يجب عليه ذكر سبب المِلك، بل يكفي الدعوى، وقوله: «هو ملكي». ولفظ الكتاب جرى على سبيل الإيضاح[1].

وقوله: (فقد قيل: لا يكفي)، يجوز أن يُرقم بالواو؛ للطريقة القاطعة بالاكتفاء. ولفظة: (قيل[2])، في الأكثر يستعمل في وجوه الأصحاب، وربما بالغ فيه الإمام[3]، فإنه حكى الخلاف في المسألة[4] وجهين. والأكثرون نقلوا قولين منصوصين.

وقوله: (إذ القصد قطع احتمال الاستناد إلى ظاهر اليد)، معناه: أنّ التعرض لمطلق المِلك، إنما لم يكتف به؛ خوفاً من أن يعتمد الشهود اليد. فإذا أسندوه إلى غير اليد فقد أمنّا من ذلك، فلا حاجة إلى التنصيص على تمام سبب المِلك.

ويؤيده: أن قول الشهود: «إنه ملكه، ولدته مملوكته»، جعله في «التهذيب»[5] بمثابة قولهم: (ولدته مملوكته على ملكه)، ولم يذكر فيهما خلافاً، وإنما ذكر الخلاف فيما إذا قالوا: «ولدته مملوكته»، أو «إنه ولد مملوكته»[6].

---

(١) في (ظ): (الإفصاح).

(٢) في (ط العلمية): (قبل).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٣-٥٦٤).

(٤) قوله: (في المسألة) سقط من (هـ).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٧٨).

(٦) قوله: (أو إنه ولد مملوكته) سقط من (هـ).

قال:

(الرابعة: أن يُقِرَّ على نفسِه بالرِّقّ، فإن كان بعدَ أن أقرَّ بالحُرّيّة لم يُقبَلْ على الصحيح، وإن كان قبلَ أن أقرَّ بالحُرّيّة قُبِلَ إقرارُه.

وإن أقرَّ لإنسانٍ بالرِّقِّ فأنكرَه، فأقرَّ لغيرِه؛ فالنَّصّ: أنه لا يُقبَلُ للثاني؛ لأنه كالمحكوم بحُرّيّتِه يُرَدُّ إقرارُه الأوَّل، والقولُ المُخرَّج: أنه يُقبَل؛ كما لو أنكرَت المرأةُ الرَّجْعةَ ثم أقرَّت.

وإن كان قد سبقَ منه تصرُّف؛ فإن أُقيمَ بيّنةٌ على رِقِّه؛ تُتُبِّعَت التصرُّفاتُ وجُعِلَت كأنها صدَرَت مِن عبدٍ بغيرِ إذنِ السَّيِّد، وإن عُرِفَ رِقُّه بإقرارِه؛ فيُقبَلُ إقرارُه فيما عليه مُطلَقاً، وفيما يُضِرُّ بغيرِه أيضاً على أظهرِ الأقوال. وفي قول: لا يُقبَلُ فيما يُضِرُّ بغيرِه[1]).

الحالة الرابعة: أن يُقرّ على نفسه بالرق وهو عاقلٌ بالغٌ، فيُنظر: إن كذّبه المقرّ له، لم يثبت الرق، ولو عاد بعد ذلك فصدّقه، لم يلتفت إليه؛ لأنّه لمّا كذّبه، ثبتت حُرّيته بالأصل، فلا يعود رقيقاً. وإن صدّقه: فإما أن يسبق الإقرار ما يناقضه أو لا يسبقه.

القسم الأول: ألا يسبقه ما يناقضه، فيقبل إقراره كسائر الأقارير[2].

وعن حكاية صاحب «التقريب»[3] قول آخر: أنه لا يُقبل؛ لأنه محكوم بحرّيته

---

(١) قوله: «وفي قول: لا يقبل فيما يضر بغيره» سقط من (ز)، وفيها بدلًا منه: «والثاني: أنه يقبل إقراره فيما عليه، ولا يقبل فيما له، والثالث: أنه يقبل في المستقبل فيما له وعليه، وفيما مضى يقبل فيما عليه دون ما له)». (م ع).

(٢) وهذا القول هو الذي أثبته الماوردي واقتصر عليه. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١٠).

(٣) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣٢٣).

بالدّار، فلا ينقض، كما[١] أنّ المحكوم بإسلامه بظاهر الدّار إذا أعرب بالكفر، لا ينقض ما حُكم به في قول، بل يُجعل مرتدّاً.

والقسم الثاني: أن يسبقه ما يُناقضُهُ، وفيه صور:

إحداها: إذا أقرّ بالحرّية بعد البلوغ ثم أقرّ بالرق، لم يُقبل؛ لأنه بالإقرار الأول التزم أحكام الأحرار في العبادات وغيرها، فلم يملك إسقاطها. وأيضاً: فإن الحكم بالحرية بظاهر الدّار، قد تأكد بإعرابه عن نفسه، فلا يُقبل منه ما يناقضه، كما لو بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام، ثم وصف بالكفر، لا يُقبل ويُجعل مرتدّاً.

ونقل الإمام[٢] وجهاً آخر[٣]: أنه يُقبل، وذكر أن الصيدلاني[٤] قطع به؛ تشبيهاً بما إذا أنكرت المرأة الرجعة، ثم أقرّت. وأيضاً: فإنه لو قال: «هذا ملكي»، ثم أقرّ به[٥] لغيره، يُقبل. والمذهب: الأول.

الثانية: إذا أقرّ بالرق لزيد فكذّبه، فأقر لعمرو[٦]، فعن تخريج ابن سريج: أنّه يُقبل، كما لو أقر بمال لزيد فكذّبه، فأقرّ به لعمرو[٧]. وأيضاً[٨]: فاحتمال الصدق في الثاني قائمٌ، فوجب قبوله.

---

(١) في (ط العلمية): (لما).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٨).

(٣) قوله: (آخر) سقط من (هـ).

(٤) انظر: «الوسيط» (٤/ ٣٢٣).

(٥) قوله: (به) سقط من (ط العلمية).

(٦) في (هـ): (فأقرّ به لعمرو).

(٧) من قوله: (فعن تخريج) إلى هنا سقط من (هـ).

(٨) من قوله: (فعن تخريج) إلى هنا سقط من (ظ).

والمذهب المنصوص: المنع؛ لأن إقراره الأول تضمّن نفي المِلك لغيره، فإذا ردّ المُقر له، خرج عن كونه مملوكاً له[١] أيضاً، فصار حُرّاً بالأصل، والحرية مظنّة حقوق الله تعالى والعباد، فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني.

الثالثة: إذا وُجدت منه تصرّفات تستدعي نفوذها بالحرّية من بيع ونكاح وغيرهما، ثم أقرّ بالرق، قال الإمام[٢]: إن فرّعنا على ما نقله صاحب «التقريب» في الصورة الأولى، فإقراره لاغٍ مُطّرح. نعم، لو نكح ثم أقرّ بالرق، فإقراره اعتراف بأنها محرّمة عليه، فلا يمكن القول بحلها. وإن قلنا بالقبول هناك، ولا إقرار قبله ولا تصرف، فيجيء هاهنا الخلاف الذي سنذكره.

ونحن نُقدم عليه: أنه لو ثبت الرق بالبينة والحالة هذه، تنقض التصرفات المستدعية للحرية، وتجعل صادرة من عبد لم يأذن له السيد، ويسترد ما دُفع إليه من الزّكاة والميراث وما أنفق عليه من بيت المال، وتُباع رقبته فيها[٣].

إذا عرفت ذلك جئنا إلى الإقرار، قال الشافعي رضي الله عنه: «ألزمته ما لزمه قبل إقراره، وفي إلزامه الرق قولان»[٤]، وللأصحاب فيما ذكره طريقان:

أحدهما ـ ويُحكى عن أبي الطيب بن سلمة ـ: أنّ في قبول أصل الإقرار قولين؛ لظاهر قوله: «وفي إلزامه الرق قولان»:

---

(١) قوله: (له) سقط من (هـ).
(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٩).
(٣) في (ط العلمية): (فيهما).
(٤) في (ط العلمية): (ما ألزمه به).
«مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧)، وفيه: «ألزمته ما يلزمه ...».

وجه عدم القبول: أنه محكوم بحريته بظاهر الدار، فلا يملك إسقاط أحكامها، كما لو أقرّ بالحرية ثم بالرق.

ووجه القبول: أنّ ذلك الحُكم كان بناء على الظاهر، فيجوز أن يُغيّر بالإقرار، كما أن من حُكم بإسلامه بظاهر الدار، فبلغ وأعرب بالكفر، يجعل كافراً أصلياً على الأصح.

وأصحهما: القطع بقبول أصل الإقرار، وثبوت أحكام الأرقّاء له في المستقبل مطلقاً، وتخصيص القولين بأحكام التصرفات السّابقة:

فأحد القولين[1]: القبول في أحكامها أيضاً، سواء كان مما يضر به[2] أو ينفع ويضر غيره؛ لأنه لا تهمة فيه؛ إذ الإنسان لا يرق نفسه لإلحاق ضرر جرى بالغير. وأيضاً: فلأنّ تلك الأحكام فروع الرق، فإذا قبلنا إقراره[3] في الرق الذي هو الأصل، وجب القبول في أحكامه التي هي فروع له.

وأصحهما: المنع في الأحكام التي تضر بغيره، وتخصيص القبول[4] بالأحكام التي تضر به[5]، كما لو أقرّ بمالٍ على نفسه وعلى غيره، فإنه يُقبل عليه ولا يُقبل على غيره.

---

(١) أطلق القولين في «الحاوي» (٩/ ٥١٠).

(٢) قوله: (به) سقط من (ظ)، وفي (هـ): (يضره).

(٣) قوله: (إقراره) سقط من (هـ).

(٤) في (ي)، (ط العلمية): (القول).

(٥) من قوله: (وتخصيص) إلى هنا سقط من (هـ).

وبهذا قال أبو حنيفة[١]، واختاره المزني[٢].

وعن أحمد[٣]: روايتان كالقولين.

قال الشيخ أبو علي: وهذان القولان مع القبول[٤] في أصل الرق، كما نقول فيما إذا أقرّ العبد بسرقة توجب القطع والمال في يده، يُقبل إقراره في القطع[٥]، وفي المال خلاف.

وأصحاب هذه الطريقة قالوا: قوله «وفي إلزامه الرق قولان»، معناه: في إلزامه أحكام الرق، ففي قول: يلزمه الكل. وفي قول: يفصل. وذلك يتبيّن عند شروعه في تفصيل القولين.

---

(١) عند الحنفية: يقبل إقرار اللقيط بالرق إن لم تتأكد حريته بقضاء القاضي عليه بما لا يقضي به إلا على الحر، كالحد الكامل والقصاص في الطرف.
فإن ثبت رقه، ينفذ في حق نفسه دون ما يعود على غيره بالضرر، وهذا لأن إقراره تضمن إبطال حق غيره، فيصدق على نفسه لا على غيره، كمن أقرّ بحرية عبد إنسان ثم اشتراه، عتق عليه، ولا يرجع بالثمن على البائع.
ثم هو متهم بإقراره في إبطال حق الغير. ولأن ثبوت الحكم بحسب الحجة، وقوله ليس بحجة على أحد فيما يرجع إلى إبطال حقه، فوجود إقراره في ذلك كعدمه. انظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٨)، «المبسوط» (١٠/ ٢٢٠ - ٢٢١).

(٢) قال المزني: «أجمعت العلماء أن مَن أقر بحقّ لزمه، ومن ادعاه لم يجب له بدعواه، وقد لزمتها (أي الزوجة التي تقر بالرق) حقوق بإقرارها، فليس لها إبطالها بدعواها». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٨).
واعترض عليه الماوردي، فقال: «إن اللقيط لم يكن منه إقرار بالحرية فلا يقبل رجوعه عنه، وإنما حُمل أمره في الحرية على الظاهر، وإقراره على نفسه أقوى، فكان الحكم به أولى». «الحاوي» (٩/ ٥١٣).

(٣) «المحرر» (١/ ٣٧٤)، «الكافي» (٢/ ٣٧٢).

(٤) قوله: (مع القبول) سقط من (ي).

(٥) في (ي)، (ط العلمية): (بالقطع).

وأما قوله: «ألزمته ما لزمه قبل إقراره»، ففي «بعض الشروح»: تفسيره بالأحكام التي تلزم الأحرار والعبيد جميعاً.

وقال المسعودي: أي: لا أسقط عنه بهذا الإقرار، ما لزمه قبله من حقوق الآدميين. والأول أشبه بنظم الكلام[1].

وفي «النهاية»[2]: أن بعض الأصحاب طرد قول التفصيل بين[3] ما يضرّ به، وما يضر بغيره في المستقبل أيضاً.

ويخرج من ذلك ثلاثة أقوال[4]:

أحدها: القبول في أحكام الرق كلها ماضياً ومستقبلاً.

والثاني: تخصيص القبول بما يضر به، والمنع فيما عداه ماضياً ومستقبلاً.

والثالث[5]: تخصيص المنع بما يضر بغيره فيما مضى، والقبول فيما عداه. وثلاثتها متّفقة على القبول فيما عليه.

فلذلك قال صاحب الكتاب: (فيُقبل إقرارُه فيما عليه مطلقا)، وخصّص التردّد بما يضر بغيره. وقد تعرّض لذكر الأقوال، إلا أنه لم يصرِّح بتفصيلها جميعاً. وجعله القبول فيما يضرّ بالغير أظهر الأقوال، غير مساعد عليه. بل الأصحاب إلى المنع أميل.

---

(١) في (ط العلمية): (أثبته)، وفي (هـ): (والأشبه).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٦٩).

(٣) قوله: (بين) سقط من (ط العلمية).

(٤) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١٠).

(٥) من قوله: (تخصيص) إلى هنا سقط من (هـ).

وقد صرّح بترجيحه: المسعودي وصاحب «التهذيب»[1] والقاضي الروياني، وبه أجاب ابن الحدّاد.

ويجوز أن يُعلم قوله: (فيُقبل إقراره فيما عليه مطلقا)، بالواو؛ لأن المذكور في الكتاب هو الطريق الثاني. وقوله في أول الفصل: (لم يقبل على الصحيح)، يعني: من الوجهين. وأعلم قوله: (قبل إقراره)؛ لما رواه صاحب «التقريب».

وقوله: (فالنصّ: أنه لا يُقبل)، و(القول المُخرّج: أنه يُقبَل)[2]، المراد منه: ما قدّمناه من تخريج[3] ابن سريج.

لكنّ عامة النقلة حكوه حكاية الوجوه دون الأقوال المخرّجة، على أن الأمر فيه قريبٌ. وتشبيهه بما إذا أنكرت المرأة الرّجعة ثم أقرّت، بعيدٌ عن المسألة؛ فإن الإنكار والإقرار هناك متعلّقان بشخص واحد وحقّ واحد، وهاهنا صدر منه إقراران لشخصين تخلّلهما الإنكار من المقرّ له[4] الأول.

وموضع هذا التشبيه: ما إذا أقرّ بالحرية ثم أقرّ بالرّق[5]، في توجيه ما اختاره الصيدلاني، على ما سبق. وكذلك ذكره في «الوسيط»[6]؛ فكأنه اشتبه عليه.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٥٨٠)، حيث قال: «وهو الأصح».

(٢) من قوله: (صاحب التقريب) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (ز)، (ظ): (عن)، وفي (هـ): (من ترجيح).

(٤) قوله: (له) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (بالرق) سقط من (هـ).

(٦) «الوسيط» (٤/ ٣٢٣ – ٣٢٤).

قال:

(فإن قلنا: لا يُقبَلُ فيما يُضِرُّ بغيرِه؛ فإن كانت لَقيطةً فأقَرَّتْ بعدَ النكاحِ؛ فالنكاحُ مُطَّرِد، والمُستحَقُّ للسيِّد أقلُّ الأمرين من المُسمّى أو مهرِ المِثل، والأولادُ أحرار، ولو طلَّقَها زوجُها فعليها ثلاثةُ أقراء (و)؛ نظراً للزوج. فإن ماتَ الزّوجُ فعليها شهرانِ وخمسةُ أيّام؛ فإنه إذا ماتَ[1] الزوج؛ فلا معنى للنظَر له. وقيل: إنه[2] لا يلزمُها إلا[3] الاستبراءُ إن وُطِئت؛ فإنّ الزوجَ قد ماتَ وهي تدّعي بُطلانَ أصلِ النكاح. والنصُّ هو الأوَّل).

التفريع:

للخلاف المذكور[4] فروع كثيرة[5] تتشعب عن التصرفات السابقة على الإقرار، وفي الكتاب فرعٌ واحدٌ منها[6] وهو النكاح، فنشرحه ونضم إليه ما تيسّر.

فإذا سبق النكاح الإقرار، نُظر في اللقيط أهو أنثى أم ذكر؛ إن كان أنثى فزوَّجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق، وهذا الطرف[7] هو الذي أورده في الكتاب.

---

(١) في (ظ): (وإن مات).

(٢) قوله: (إنه) سقط من (ظ).

(٣) قوله: (إلا) سقط من (ظ).

(٤) قوله: (التفريع للخلاف المذكور) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (كثيرة) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (منها) سقط من (ي)، (ز).

(٧) كذا في (ز)، وفي غيرها: «الطريق». (م ع).

فإن قلنا بقبول الإقرار مطلقاً، فقد تبيّن أن هذه جارية نُكحت بغير إذن سيّدها، فالنكاح فاسدٌ، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها. وإن دخل، فعليه مهر المثل للمقرّ له[١]. فإن كان قد سلّم إليها المهر، استردّه إن كان باقياً، وإلا رجع عليها بعد العتق. والأولاد منها أحرار؛ لظنه[٢] الحرية [٣]. وعلى الزوج قيمتهم للمقر له، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الّتي غرّته. وفي الرجوع بالمهر قولان.

وأظهر الوجهين ـ وبه قطع الشيخ أبو محمد ـ: أنها تعتد بقُرْءين؛ لأنّ عدّة الأَمة بعد ارتفاع النكاح: الصّحيح قُرءان. ونكاح الشبهة من المحرمات[٤] كالنكاح الصحيح، وهذا ما أورده ابن الصباغ والشيخ أبو إسحاق الشيرازي[٥].

والثاني: أنه لا عدة عليها؛ إذ لا نكاح[٦]، ولكنها تستبرئ بقرء واحد؛ لمكان الوطء. وهذا ما يوجد في «تعليق الشيخ أبي حامد».

قال الإمام[٧]: ويجب طرد هذا التردّد في كل نكاح شُبهة على أَمة. وإن قلنا: لا يُقبل الإقرار فيما يضر بالغير، فالكلام في نكاحها في أمور:

أحدها: لا نحكم بانفساخ النكاح، بل نطرده كما كان.

---

(١) «لأنه وطء في نكاح فاسد» «المهذب» (١٥/ ٣١٥).

(٢) في (ط العلمية): (لمظنة).

(٣) «فصارت كالغارَّة بحريتها». «الحاوي» (٩/ ٥١٢).

(٤) في (ي)، (هـ): (الحرمات).

(٥) «المهذب» (١٥/ ٣١٥)، وقد ذكر قولًا آخر مبنياً على أن إقرار اللقيط بالرق بعد تصرفه، يُقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره.

(٦) قوله: (إذ لا نكاح) سقط من (ي).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧١).

قال الإمام: سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل أو لم نفرق، فكأنّا نجعل النكاح في حكم المستوفى المقبوض فيما تقدّم، وعلى هذه القاعدة، بيّنا أن الحر إذا وجد الطّول بعد نكاح الأمة، لم نقض بارتفاع النكاح بينهما.

واستدرك القاضي ابن كج فقال: إن كان الزوج ممّن[1] لا يجوز له نكاح الإماء، فيُحكم بانفساخ النكاح؛ لأن الأولاد الذين تلدهم في المستقبل أرقّاء على ما سيأتي، فليس له الثبات عليه. وهذا حسن، لكن صرّح[2] ابن الصباغ بخلافه[3].

ثم أطلق الأصحاب[4] أنّ للزوج الخيار في فسخ النكاح[5]، ـ وقد نصّ عليه في «المختصر»[6] ـ؛ ووجّهوه بنقصان حقه؛ لحكمنا بالرق في الحال والمستقبل

وهو ـ على ما ذكره الشيخ أبو علي ـ مفروض فيما إذا نكحها في الابتداء على أنها حرة. فإن توهّم الحرّية، ولم يجر شرطها[7]، ففيه خلاف يُذكر في موضعه.

الثاني: في[8] المهر، ومهما ثبت للزّوج الخيار، ففسخ النكاح قبل الدّخول، فلا شيء عليه. وإن كان بعد الدخول، فعليه أقل الأمرين من المسمّى أو مهر المثل؛ إن كان المسمى أقل لم يُقبل إقرارها في الزيادة عليه. وإن كان مهر المثل أقل فالمقر له لا

---

(١) في (ي)، (ط العلمية): (مما).

(٢) قوله: (صرّح) سقط من (هـ).

(٣) قال النووي: «الأصح أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ». «روضة الطالبين» (٥/ ٤٤٨).
وقال الماوردي: «لم يقبل قولها في فسخ النكاح، سواء كان الزوج واجداً للطول أو لم يكن، لأن الزوج يدعي صحة العقد على حرة». «الحاوي» (٩/ ٥١٢).

(٤) كذا قال في «الحاوي» (٩/ ٥١٢).

(٥) في (ز)، (هـ)، (ظ): (خيار فسخ النكاح).

(٦) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٨).

(٧) في (ي): (ذكرها).

(٨) قوله: (في) سقط من (ي).

يدّعي أكثر منه[١]. وإن أجاز؟ قال في «التهذيب»[٢]: عليه المسمّى.

فإن طلّقها بعد الإجازة وقبل الدخول، فعليه نصف المسمى. وفيه إشكال؛ لأنّ زعم المقر له فساد النكاح، فإن لم يكن دخول وجب ألا يُطالب بشيء.

وقد يُشعر بهذا إطلاق صاحب الكتاب: (والمُستحَقُّ للسيِّد أقلُّ الأمرين)، فإنه إنما يتّضح بتقدير الدخول. فإن كان الزوج قد دفع الصّداق إليها، لم يُطالب به ثانياً.

الثالث: في الأولاد منها، فالذين حصلوا قبل الإقرار أحرار، ولا يجب على الزوج قيمتهم؛ لأنّ قولها غير مقبول في إلزامه. أما الحادثون بعده[٣] فهم أرقّاء[٤]؛ لأنه وطئها على علم بأنها أمة.

قال الإمام[٥]: وهذا ظاهر إذا قبلنا الإقرار فيما يضر بالغير في المستقبل. أما إذا لم نقبل فيه ماضياً ومستقبلاً، فيحتمل أن يقال بحرّيّتهم؛ صيانة لحقّ الزوج، فإن الأولاد من مقاصد النكاح، كما أنّا أدمنا النكاح صيانة لحقه[٦] في الوطء وسائر المقاصد. ويُحتمل أن يُقال برقِّهم، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب؛ لأن العلوق أمرٌ موهوم، فلا يُجعل مستحقاً بالنّكاح بخلاف الوطء.

وتردّدوا أيضاً في أنّا إذا أدمنا النكاح، نُسلِّمها إلى الزوج تسليم الإماء، أو تسليم الحرائر ولا نبالي بتعطيل المنافع على المقرّ له؟ والظاهر: الثاني؛ وإلا لعظم الضرر على الزوج، واختلّت مقاصد النكاح. ويخالف أمر الولد؛ لما ذكرنا أنه موهوم.

---

(١) قوله: (منه) سقط من (هـ).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٨٢).

(٣) في (هـ): (بعدهم).

(٤) إذا وضعتهم لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار. «الحاوي» (٩/ ٥١٢).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧٢-٥٧٣).

(٦) من قوله: (فإن الأولاد) إلى هنا سقط من (هـ).

ويمكن الاحتجاج للاحتمال الثاني بقول الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»: «ولا أصدقها على فساد النكاح، ولا على ما يجب عليها للزوج»[(١)].

الرابع: في العِدّة[(٢)]:

أما عدة الطلاق: فإن كان رجعياً، نُظر: إن طلقها ثم أقرّت، فعليها ثلاثة أقراء، وله الرجعة فيها جميعاً؛ لأنه قد ثبت ذلك بالطلاق، فليس له إسقاطه[(٣)] بالإقرار. فإن أقرّت ثم طلقها، فوجهان:

أصحهما ـ وهو الذي أورده الأكثرون ـ: أن الجواب كذلك؛ لأن النكاح أثبت له حق الرجعة[(٤)] في ثلاثة أقراء.

والثاني: أنهـا تعتد بقرأين عدّة الإماء؛ لأنه أمرٌ يتعلق بالمستقبل، فأشبه إرقاق الأولاد. وهذا أصح عند أبي الفرج الزاز، وحكاه عن ابن سريج.

فإن كان الطلاق بائناً:

فأصح الوجهين: أن الحكم كما في الطلاق الرّجعي؛ لأن العدة فيهما لا تختلف.

والثاني: أنها تعتد عدة الإماء على الطّلاق؛ لأنها محكوم برقها، وليس للزّوج غرض المراجعة.

وأما عدة الوفاة: فإنها تتربّص شهرين وخمس ليال عدّة الإماء، نصّ عليه. ولا فرق بين أن تقرّ قبل موت الزوج أو بعده في العدة.

---

(١) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٢) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١٢)، «التهذيب» (٤/ ٥٨٢)، «المهذب» (١٥/ ٣١٦).

(٣) في (ط العلمية): (إسقاط)، وفي (هـ): (لها).

(٤) في (ي)، (ز): (المراجعة).

والفرق بين عدة الوفاة وعدة الطلاق: أن عدة الطلاق حقّ الزوج، وإنما وجبت؛ صيانة لمائه، ألا ترى أنها لا تجب قبل الدخول. وعدة الوفاة حقّ الله تعالى[1]، ألا ترى أنها تجب قبل الدخول[2] [3]، فقبول قولها في انتقاض عدة الوفاة لا يُلحق ضرراً بالغير.

وفيه وجه: أنها لا[4] يجب عليها عدة الوفاة[5] أصلًا؛ لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله، وقد مات الزوج، فلا معنى لمراعاة جانبه، بخلاف عدة الطلاق. فعلى هذا، فإن جرى دخول، فعليها الاستبراء. قال الإمام[6]: والقول في[7] أنه بقرء واحد أو قرأين، على ما سبق في التفريع على القول الأول. فإن لم يجر[8] فله احتمالان، أحدهما: أنها تستبرئ بقرء، كما إذا اشتريت من امرأة أو مجبوب[9].

والثاني: أنه لا استبراء أصلاً؛ لأنّا كنا نحكم بالنكاح لحق الزوج، وقد انقطعت حقوقه، وهي والمقرّ له يقولان: لا نكاح ولا دخول، فمم[10] الاستبراء[11]؟!

---

(١) قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

(٢) قوله: (ألا ترى أنها تجب قبل الدخول) سقط من (ط العلمية).

(٣) من قوله: (وعدة الوفاة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) قوله: (لا) سقط من (ي)، (ط العلمية).

(٥) من قوله: (لا يُلحق) إلى هنا سقط من (هـ).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧٤).

(٧) قوله: (والقول في) سقط من (ظ).

(٨) قوله: (فإن لم يجر) سقط من (ظ).

(٩) في (هـ)، (ظ): (مجنون).

(١٠) في (هـ): (ففيم)، وفي (ط العلمية): (فهم).

(١١) في (ط العلمية): (الاستبراء، إن وطئت. وليُعلم قوله: فعليها ثلاثة أقراء، بالواو). وهي زيادة لا معنى لها.

وهذا الثاني، هو الذي ذكره صاحب الكتاب، حيث قال: (وقيل: إنه لا يلزمُها الاستبراء إلا إن وطئت).

وليُعلم قوله: (فعليها ثلاثة أقراء)، بالواو؛ لما قدّمنا.

هذا تمام الكلام في هذا الطرف[١].

أما إذا كان اللقيط ذكراً، فبلغ ونكح، ثم أقرّ بالرق، فإن قبلنا إقراره مطلقاً: فهذا نكاح فاسد؛ لأنه[٢] عبد نكح بغير إذن سيده، فيفرق بينهما، ولا مهر عليه إن لم يجر دخول. وإن كان قد دخل بها، فعليه مهر المثل. كذلك جواب الأكثرين. والذي أورده في «المهذّب»[٣]، وأبداه الإمام[٤] احتمالًا: أنّ عليه الأقلّ من مهر المثل أو المسمى؛ لأنه إن كان المسمّى أقلّ، فهي لا تدّعي الزيادة[٥]. ثم متعلق الواجب ذمته أو رقبته؟ قولان، أصحهما: الأول[٦].

وإن قبلنا إقراره فيما يضرّ به دون ما يضر بغيره: حكمنا بانفساخ النكاح، ولم نقبل قوله في المهر: فعليه نصف المسمّى إن لم يدخل بها، وجميعه إن دخل[٧] ويؤدّي ذلك ممّا في يده أو من[٨] كسبه في الحال أو المستقبل، فإن لم يوجد، فهو في ذمته إلى أن يعتق.

ومن فروع القولين:

---

(١) في (ط العلمية): (الطريق).

(٢) في (ط العلمية): (فنكاحه فاسد).

(٣) «المهذب» (١٥/ ٣١٦).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧٦).

(٥) كذا قال في «الحاوي» (٩/ ٥١١).

(٦) كذا صححه البغوي. «التهذيب» (٤/ ٥٨١).

(٧) في (هـ): (دخل بها).

(٨) قوله: (من) سقط من (هـ)، (ظ).

إذا كانت عليه ديون[١] وقت الإقرار بالرق، وفي يده أموال، فإن قبلنا إقراره مطلقاً: فالأموال تُسلّم للمقر له، والديون في ذمته. وإن قبلنا فيما يضر به دون ما يضر بغيره: قضينا الديون مما في يده، فإن فضل من المال شيءٌ فهو للمقر له، وإن بقي من الديون شيء فهو في ذمته حتى يعتق[٢].

ومنها: إذا باع أو اشترى بعد البلوغ ثم أقر بالرق[٣]، فإن قبلنا الإقرار مطلقاً فالبيع والشراء باطلان. وإن كان ما باعه باقياً في يد المشتري، أخذه المقر له، وإلا طالبه بقيمته.

والثمن: إن[٤] أخذه المقر واستهلكه فهو في ذمته يُتبع به بعد العتق، وإن كان باقياً رده.

وما اشتراه[٥]: إن كان باقياً في يده رده إلى بائعه، وإلا استرد الثمن من البائع وحق البائع يتعلق بذمته.

وإن قلنا بالقول الآخر: لم نحكم ببطلانهما لحق العاقد الثاني. ثم ما[٦] باعه، إن لم يستوف ثمنه، استوفاه المُقر له. وإن كان قد استوفاه، لم يُطالب المشتري ثانياً.

---

(١) أي ديون عن معاملة. انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١١).

(٢) من بعد هذه اللفظة ساقط من (ظ)، إلى قوله (ومنها: جنى عليه ثم قطع طرفه).

(٣) انظر: «الحاوي» (٩/ ٥١٠ - ٥١١)، «التهذيب» (٤/ ٥٨٠).

(٤) في (ط العلمية): (وإن).

(٥) في (ط العلمية): (رده ما اشتراه).

(٦) قوله: (ما) سقط من (هـ).

وما اشتراه، إن كان قد وفى[1] ثمنه، فقد تمّ العقد، والمبيع يسلم للمقر له[2]. وإن لم يوفِّ[3]، فإن كان في يده مال حين أقر بالرق، وفَّى الثمن منه. وإن لم يكن، فهو كإفلاس المشتري حتى يرجع البائع إلى عين ماله[4] إن كان باقياً. وإن لم يكن، فهو في ذمة المقر حتى يعتق؛ كما أنّه[5] إذا أفلس المشتري والمبيع هالك، يكون الثّمن في ذمّته، ويُطالب به بعد اليسار.

ومنها: جنى على إنسان، ثم أقرّ بالرقّ، فإن كانت الجناية عمداً: فعليه القصاص، سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً. أما إذا قبلنا إقراره مطلقاً: فظاهر. وأما إذا قبلناه فيما يضر به دون ما يضر بغيره: فإن كان المجني عليه حراً، فلا فضيلة للجاني. وإن كان عبداً، ألزمناه القصاص؛ لأنه يضره. فإن كانت الجناية خطأ، فإن كان في يده مالٌ أخذ الأرش منه. كذلك ذكره صاحب «التهذيب»[6]، لكنه على[7] خلاف قياس القولين؛ لأن أرش[8] الخطأ لا يتعلق بما في يد الجاني، حرّاً كان أو عبداً.

وإن لم يكن في يده مالٌ، تعلق الأرش برقبته على القولين. وقال القاضي أبو الطيب: إن قلنا بالقول الثاني، يكون الأرش في بيت المال.

---

(١) في (ز)، (هـ): (وفر).
(٢) في (ي)، (ط العلمية): (والبيع للمقر له).
(٣) في (ز)، (هـ): (يوفر).
(٤) في (ط العلمية): (حاله).
(٥) قوله: (أنه) سقط من (هـ).
(٦) «التهذيب» (٤/ ٥٨٢).
(٧) قوله: (على) سقط من (هـ).
(٨) في (ط العلمية): (الأرش).

وأجيب عنه: بأن على القول الثاني، إنما[١] لا نقبل إقراره فيما يضر بالغير، وتعلقه بالرقبة لا يضر المجني عليه بل ينفعه. وله أن يمنع ذلك: بأن قطع التعلق عن بيت المال إضرار، فلو زاد الأرش على قيمة الرقبة، فالزيادة في بيت المال على القول الثاني لا محالة.

ومنها: جني عليه بأن قطع طرفه، ثم أقرّ بالرقّ[٢]، فإن كانت الجناية عمداً، والجاني عبداً، اقتصّ منه. وإن كان حراً، لم يقتص[٣]؛ لأن قوله[٤] مقبول فيما يضر به[٥]، ويكون الحكم كما لو كانت خطأ. وإن كانت خطأ: فإن قبلنا إقراره مطلقاً فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلاً، وإلا فما تقتضيه جراحة العبد.

وإن قبلنا إقراره فيما يضر به دون ما يضر بغيره[٦]، وكانت الجناية قطع يد، فإن كان نصف قيمته مثل[٧] نصف الدية، أو كان نصف القيمة أقلّ، فهو الواجب[٨]. وإن كان نصف الدية أقلّ، فوجهان حكاهما الإمام[٩]:

أحدهما: أنا نوجب نصف[١٠] القيمة، ونغلظ على الجاني؛ لأن أرش الجناية يتبيّن مقداره بالآخرة، وقد بان رقه، فلو نقصنا من[١١] نصف القيمة لتضرر السيد.

---

(١) قوله: (إنما) سقط من (هـ).

(٢) انظر: «التهذيب» (٤/ ٥٨٢).

(٣) في (ظ): (لم يقبل).

(٤) في (هـ): (إقراره).

(٥) في (هـ)، (ظ): زيادة (دون ما يضر بغيره).

(٦) من قوله: (كانت خطأ) إلى هنا سقط من (ظ)، (هـ).

(٧) قوله: (مثل) سقط من (ط العلمية).

(٨) في (هـ): (لزم ذلك).

(٩) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧٨).

(١٠) قوله: (نصف) سقط من (هـ).

(١١) في (ز)، (ظ): (عن).

وأصحهما: أنه لا يجب إلا نصف الدية؛ لأن قبول قوله في الزيادة إضرار بالجاني، ونحن نفرع على أن قوله لا يُقبل فيما يضر بالغير. وعلى هذا، فالواجب: أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة. وهذا كله، تفريع على تعلق الدية بقتل اللقيط[١].

وفيه وجهٌ آخر أسلفناه، وهو أن الواجب الأقلّ من الدية[٢] أو القيمة، وذلك الوجه مطرد في الطرف من غير أن يقر بالقيمة.

ومما يتفرع على الخلاف[٣] في قبول أصل الإقـرار، لو ادعى مدعٍ رقه فأنكره، ولا بينة للمدعي، فإن قلنا بقبول الإقرار، فله تحليفه، رجاء أن يقر. وإن منعناه، لم يكن له تحليفه؛ لأن التحليف لطلب الإقرار، وإقراره غير مقبول. هذا إذا جعلنا اليمين[٤] مع النكول كإقرار المدعى عليه[٥]. فإن جعلناها كالبينة، فله التحليف؛ لعله ينكل فيحلف المدعي ويستحق كما لو أقام البينة.

واعلم أنه لا فرق في جميع ما ذكرناه: بين أن يقر بالرق ابتداء، وبين أن يدعي رقه فيصدّق المدعي[٦]. ولو ادعى إنسان رقه، فأنكر ثم أقرّ له، ففي قبوله وجهان؛ لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار[٧]. والله أعلم.

---

(١) في (هـ): (برقبة الرقيق).

(٢) من قوله: (أو نصف) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ط العلمية): (عن هذا).

(٤) في (ط العلمية): (اليمين المردودة).

(٥) قوله: (عليه) سقط من (ظ).

(٦) أي يدّعي رقه آخر، فيصدقه اللقيط على دعواه.

(٧) في (ط العلمية): (الإقرار).

قال:

(فرع:

لو قذفَ لقيطاً بالغاً، وادّعى القاذفُ رِقَّه، وأنكَر؛ فالأصلُ الحُرّيّة، والأصلُ براءةُ الذِّمّةِ عن الحدّ، فالقولُ قولُ مَنْ؟ فيه قولان (و)؛ لتقابُلِ الأصلَين[١].

ولو قطعَ حُرٌّ طَرَفَه، وجرى النِّزاع؛ فعلى القولين. وقيل: يجبُ القِصاصُ قطعاً؛ لأنّ القيمةَ أيضاً لو عَدَلْنا إليها فمشكوكٌ فيها، والتعزيرُ الذي يُعدَلُ عن الحَدِّ إليه مُستَيقَنٌ بكلِّ حال).

إذا قذف لقيطاً صغيراً: عُزِّر، وإن كان بالغاً: حد، إن اعترف بحريته. فإن ادعى رقه، وقال المقذوف: «بل أنا حرٌّ»، فقولان[٢]:

أصحهما ـ على ما ذكره الشيخ أبو علي ـ: أن المصدَّق المقذوف؛ لأن الأصل الحرية، فيحد القاذف، إلا أن يقيم بيّنة على الرق. وهذا هو اختيار المزني[٣].

والثاني: أن المصدق القاذف؛ لأنه يحتمل أن يكون رقيقاً، والأصل براءة الذمة عن الحدود[٤].

---

(١) الأصلان هنا هما: الأصل الحرية. والأصل براءة الذمة.

«قال الإمام: ليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد من الترجيح فإن هذا كلام متناقض، بل المراد التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظره لتساويهما، فإذا حقق فكره رجح، ثم تارة يجزم بأحد الأصلين، وتارة يجري الخلاف ويرجح بما عضده من ظاهر أو غيره». «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص٦١.

(٢) أطلقها في «الحاوي» (٩/ ٤٩٢)، و«التهذيب» (٤/ ٥٧٤)، و«المهذب» (١٥/ ٣١٤).

(٣) «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٤) في (ز)، (هـ)، (ظ): (الحد).

وقطع بعضهم بالقول الأول؛ لأنه محكوم بحريته بظاهر الدار، وحمل الثاني على مجهول لم تعرف حريته بالدار. فيجوز أن يُعلم لذلك، قوله: (قولان)، بالواو. والمشهور: طريقة القولين. وينسب الثاني إلى نصه في اللعان[١]، والأول إلى نصّه في هذا الباب، لكنّهما جميعاً مذكوران هاهنا في «المختصر»[٢]. وعلى هذا، فلو قطع حرٌّ طرفه وادعى رقه، وقال المقطوع: «بل أنا حرٌّ» فطريقان[٣]:

أحدهما: إجراء القولين؛ تخريجاً لقول المنع بما ذكر في القذف، والآخر منصوص.

والثاني: القطع بالوجوب. وقد سبق ذكر الطريقين في الحكم الثاني من أحكام اللقيط.

وفرّق أصحاب الطريق الثاني بفرقين:

أحدهما: أن المقصود من الحدّ الزجر، وفي[٤] التعزير الذي يُعدل إليه من الحد ما[٥] يحصل[٦] به بعض هذا الغرض. والمقصود من القصاص التشفّي والمقابلة، وليس في المال المعدول إليه ما يحصل هذا الغرض. ويجوز أن يُمنع هذا، ويقال: يحصل بالإضرار[٧] بعض غرض التشفّي.

---

(١) قال الشافعي: «وإذا قذف الرجل المرأة، فقال: «أنت أمَة» أو «كافرة»، فعليها البينة «أنها حرة، مسلمة»، والقول قوله مع يمينه إن لم تكن بينة» «الأم» (٥/ ٣١٤).

(٢) قال الشافعي: «ولو قذفه قاذف، لم أحد له حتى أسأله، فإن قال: «أنا حر»، حددت قاذفه».
وقال: «لا يحد القاذف إلا أن تقوم بينة للمقذوف «أنه حر»، لأن الحدود تدرأ بالشبهات». «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٣) انظر: «المهذب» (١٥/ ٣١٤).

(٤) قوله: (في) سقط من (هـ).

(٥) قوله: (ما) سقط من (هـ).

(٦) في (ط العلمية): (يحمل).

(٧) في (هـ): (الإضرار به)، وفي (ز): (بالإضرار به).

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنَ التعزير الذي يُعدل إليه مستيقن[١]؛ لأنه بعض الحد، فالعدول إليه عدول من ظاهر أو مشكوك إلى مستيقن. وإن أسقطنا القصاص عدلنا إلى نصف[٢] الدية أو القيمة، وذلك مشكوك فيه؛ لأن الحرية شرط[٣] وجوب الدية، والرق شرط[٤] القيمة، فكان ذلك عدولًا من ظاهر أو مشكوك فيه إلى مشكوك فيه.

وعن الشيخ أبي محمّد: محاولة فرق ثالث، وهو أن حد القذف أقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص، فلذلك افترقا.

وقوله في الكتاب: (لأن القيمة أيضاً لو عدلنا إليها)، مقتضاه: العدول إلى القيمة لو تركنا القصاص، وكذلك ذكره بعضهم. ومقتضى كلام الأكثرين: العدول إلى الدية.

وسبب الاختلاف: الخلاف الذي تقدّم في أن الواجب بقتل اللقيط خطأ الدّية أو الأقلّ من الدّية والقيمة، والظاهر وجوب الدية[٥]، إلا أن غرض الفرق لا يختلف، فإن الشّك في الرق والحرية يوجب الشك في القيمة والدية، فكأنهم تساهلوا لذلك.

ثم لا يخفى أن في قطع اليد الواحدة، يكون النّظر إلى نصف الدية، ونصف القيمة.

---

(١) في (ط العلمية): (متيقن).

(٢) في (ظ): (بعض).

(٣) في (هـ): (شرط في).

(٤) في (ط العلمية): (شرط وجوب).

(٥) من قوله: (أو الأقل) إلى هنا سقط من (ظ).

ولو قذف اللقيط محصناً[١]، واعترف بأنه حُرّ، حُدّ حَدّ الأحرار[٢]. وإن ادعى أنه رقيق، وصدّقه[٣] المقذوف، حُدّ حَدّ العبيد. وإن كذّبه، فقولان في أنه يُحد حَدّ العبيد، أو حَدّ الأحرار.

وبنوا الأول: على قبول إقراره مطلقاً. والثاني: على أنه إنما[٤] يقبل فيما يضره، لا[٥] فيما ينفعه. ويجوز بناؤهما على القولين، فيما إذا ادّعى قاذف اللقيط رقه: إن صدقناه، صدقنا اللقيط هاهنا، وإلا فلا.

وفي «المعتمد» وجه آخر: وهو أنه إن أقرّ لمعين قُبل إقراره، وحُدّ حَدّ العبيد، وإن لم يعين حُدّ حَدّ الأحرار[٦]. والله أعلم.

---

(١) في (ط العلمية): (شخصاً).

والمحصن في اللغة: يكون بمعنى الفاعل والمفعول، يقال: أحصن الرجل إذا تزوج، ويقال: أحصنه التزوج. وعن المرأة يقولون: أحصنها البعل وحصّنها وأحصنت هي بنفسها فهي محصنة بكسر الصاد وفتحها، أي عفت أو تزوجت. وأصل الإحصان: المنع.

والمقصود بالمحصن في باب القذف: هو المكلف المسلم الحر العفيف عن الزنى. انظر: «المصباح المنير» كتاب الحاء (١/ ١٣٩) (الحصن)، «تاج العروس» فصل الحاء، (باب النون) (٩/ ١٧٩) (حصن)، وما سيرد (١٥/ ٦١٠)، «أنيس الفقهاء» ص١٧٥.

(٢) قال الشافعي: «وإن قذف حراً، حُد» «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٧).

(٣) في (هـ): (وسلم)، وفي (ز): (وسلمه).

(٤) قوله: (إنما) سقط من (هـ).

(٥) في (ي): (يضرّ به)، وفي (ط العلمية): (يضرّ بغيره).

(٦) كذا ذكره الماوردي في «الحاوي» (٩/ ٤٩٣).

وصوّر الماوردي المسألة بشكل آخر، حيث جعل قذف اللقيط للمحصن إما قبل البلوغ أو بعده.

وجعل دعوى الحرية والرق من المقذوف، والاعتراف والإنكار من اللقيط.

وهو يشير إلى القول بقبول إقرار اللقيط على نفسه بالبناء، على أنه مجهول الأصل. والقول بمنع قبول إقراره، بناء على أنه حر في الظاهر.

فهرس المحتويات

الموضوع الصفحة

كِتَابُ الجُعَالَةِ

كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الوَقْف

الموضوع الصفحة

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ الهِبَة

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ اللّقَطة

الموضوع **الصفحة**

كِتَابُ اللَّقِيطِ

الموضوع	الصفحة

